

٢٨٠	كتاب القسمة
٢٨٥	فصل فيما يقسم وما لا يقسم
٢٨٩	فصل في كيفية القسمة
	باب دعوى الغلط في القسمة
٢٩٢	والاستحقاق فيها
٢٩٦	فصل
٢٩٩	فصل في المهاداة
٣٠٣	كتاب المزارعة
٣١٢	كتاب المساقاة
٣١٨	كتاب الذبائح
	فصل فيما يحل اكله
٣٢٦	وما لا يحل اكله
٣٢٩	كتاب الاضحية
٣٣٦	كتاب الكراهية
٣٣٩	فصل في اللبس
٣٤٢	فصل في الوطئ والنظر والمس
٣٤٨	فصل في الاستبراء وغيره
٣٥٣	فصل في البيع
٣٥٤	مسائل متفرقة
٣٥٧	كتاب احياء الموات
٣٦٢	فصول في مسائل الشرب

١٥٦	فصل
١٦٧	كتاب الحجر
١٧٠	باب الحجر للفساد
١٧٩	فصل في حد البلوغ
١٧٩	باب الحجر بسبب الدين
١٨٤	كتاب الماذن
٢٠٦	فصل
٢٠٩	كتاب الغصب
٢١٨	فصل
٢٢٧	فصل
٢٣٧	فصل في غصب ما لا يتقوم
٢٤٢	كتاب الشفعة
٢٤٩	باب طلب الشفعة والخصومة فيها
٢٥٥	فصل في الاختلاف
٢٥٧	فصل فيما يؤخذ به المشغوع
٢٦٠	فصل
	باب ما يجب فيه الشفعة
٢٦٣	وما لا يجب
٢٧١	باب ما تبطل به الشفعة
٢٧٦	فصل
٢٧٧	مسائل متفرقة

٢٤٠ فصل

٢٤٠ باب القصاص فيما دون النفس

٢٤٣ فصل

٢٤٨ فصل

٢٦٦ باب الشهادة في القتل

٢٦٩ باب في اعتبار حالة القتل

٢٧١ كتاب الديارات

٢٧٧ فصل فيما دون النفس

٢٨٢ فصل في الشجاج

٢٨٣ فصل

٢٨٩ فصل في الجنين

باب ما يحدثه الرجل

٢٩٣ في الطريق

٣٠١ فصل في الحائط المائل

٣٠٤ باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

٣١٢ باب جنابة المملوك والجنابة عليه

٣٢٦ فصل

٣٣٣ فصل في جنابة المدبر وادم الولد

باب غصب العبد والمدبر

٣٣٤ والصبي والجنابة في ذلك

٣٤٠ باب القسامة

٣٦٢ فصل في المياه

٣٦٤ فصل في كرى الانهار

فصل في دعوى الشرب

٣٦٨ والاخلاف والتصرف فيه

٣٦٨ كتاب الاشربة

٣٧٤ فصل في طبخ العصير

٣٧٦ كتاب الصيد

٣٧٧ فصل في الجوارح

٣٨٣ فصل في الرمي

٣٩٠ كتاب الرهن

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان

٤٠٢ به ومالا يجوز

٤١٥ فصل

باب الرهن الذي يوضع

٤١٧ على يد عدل

باب التصرف في الرهن والجنابة

٤٢٢ عليه وجنابته على غيره

٤٣٢ فصل

٤٣٧ كتاب الجنائيات

باب ما يوجب النصاص

٤٤٢ ومالا يوجب

٥٩٠	باب الوصية للأقارب وغيرهم	٥٥١	كتاب المعاقل
	باب الوصية بالسكنى	٥٥٨	كتاب الوصايا
٥٩٨	والخدمة والثمرة		باب في صفة الوصية وما يجوز
٦٠٢	باب وصية الذمي		من ذلك وما يستحب منه
٦٠٣	باب الوصي وما يملكه	٥٥٨	وما يكون رجوعا عنه
٦١٥	فصل في الشهادة	٥٧٠	باب الوصية بثلاث إمال
٦١٦	كتاب الخنثى	٥٨٣	فصل في اعتبار حالة الوصية
٦١٦	فصل في أحكامه	٥٨٣	باب العتق في المرض
٦٢٢	مسائل شتى	٥٨٧	فصل

يا هو

بسم الله الرحمن الرحيم

كتب
وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول الاقرار ثم ذكر بعهدة العارية والهبة والاجارة
للتناسب بالترقي من الأدنى الى الأعلى لان الوديعة امانة بلا تملك شيء * وفي العارية
تمليك المنفعة بلا عوض * وفي الهبة تملك العين بلا عوض * وفي الاجارة تملك المنفعة
بعوض وهي أعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم اقوى وأعلى مما ليس بلازم * ومن محاسنها
اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله واستجابة الاجر والثناء على ذلك *
وسببه تعلق البتة بالمقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا * ومشر وعيته بقوله تعالى
إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا بِأُطْلَافٍ * وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة
بها لانها تترك بيد امين * وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال * وركنها اودعتك هذا
المال او ما قام مقامها فعلا كان او قولاً والقبول من المودع حقيقة او عرفاً فان من وضع
ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر
وترك الثوب ثم فضا ع كان ضامناً لان هذا قبول للوديعة عرفاً * وشروطها كون المال
قابلاً لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد غير
متصور فايداع الطير بالهواء والعبد الأبق غير صحيح * وحكمها كون المال امانة عنده

(كتاب الودیعة)

قوله الودیعة امانة فی ید المودع قد ذکرنا ان الودیعة فی الاصطلاح هو التسلیط علی الحفظ وذلك یمکن بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح فی ثوب فالقته فی بیت غیره واذا کان كذلك جاز حمل الاعم علی الاخص والودیعة امانة فی ید المودع اذا هلكت لم یضمنها لقوله علیه الصلوة والسلام لیس علی المستعیر غیر المغل ضمان ولا علی المستودع غیر المعمل ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول فی المغمم خاصة والاغلال عام قبل فیه نظر لانه ذکر فی غریب الحديث انه قول شریح لیس بحديث مرفوع واجیب بانه مسند عن عبد الله ابن عمر عن السی صلی الله علیه وسلم ولان شرعیتها لحاجة الناس الیها فلوضع منها المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطیل المصالح والمودع ان یحفظها بنفسه وبمن فی عیاله قالوا المراد به من یساكنه لا الذی یمکن فی ثقتة المودع فحسب فان المرأة اذا اودع عندها شیء جاز لها ان تدفع الی زوجها وابن المودع الکبیر اذا کان یساكنه ولم یکن فی نفقته وتركه الاب فی بیت فیه الودیعة لم یضمن لكن بشرط ان لا یعلم بمن فی عیاله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن * وهذا اذا لم ینه عن الدفع الیهم لان الظاهر ان یمتزم حفظ مال غیره علی الوجد الذی یحفظ مال نفسه وانما یحفظ ماله بمن فی عیاله فیسوزان یدفع الیهم الودیعة وعن هذا قبل العیال لیس بشرط فانه روي عن محمد رح ان المودع اذا دفع الودیعة الی وکیله وهو لیس فی عیاله او دفع الی امین من امثاله ممن یثق بده فی ماله ویس فی عیاله اندلا یضمن لانه لما کان موثوقا به فی ماله کان فی الودیعة كذلك **قوله** ولانه دلیل آخر علی ذلك وهو انه ای المودع لا یجبد بدا من الدفع الی عیاله لانه لا یمکن ملازمة بیته لا محالة ولا استصحاب الودیعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فیکون راضیا به فان حفظها بغيرهم بان ترک بیات فیه الودیعة وخرج وفیه غیر عیاله او اودعها بغيرهم بان نقلها من بیته واودعها عند غیرهم ضمن لان المالك رضى بیده لا ید غیره والسال ان الایدي تختلف فی الامانة قبل هذا یناقض قوله لان الظاهر انه

(كتاب الوديعة)

انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له ان يسئدع
 ماله عند غيره فينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وحطاً وظاهراً لان قوله المظاهر انه يلتزم
 حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاً ولا حفظ **قوله** ولان الشيء
 لا ينضم مثله قد تقدم ما يرد عليه من القرض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم
 ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب في وظائفها ولا بأس بدكرها اجمالاً وهوان المستعير
 مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التسليم
 والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا استأجره فيكون حائطاً
 بحرز نفسه **قوله** الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن
 فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جارة والالقاء الى سفينة اخرى طريقاً للحفظ فيكون
 مرضي المالك وينتفى الضمان لكنه منهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مستقطنة
 للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من
 اقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلائينة **قوله** فان طلبها
 صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع
 وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعدد اذا المعتدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى
 به المودع فاذا اطلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامناً وخلط الماني للتمييز
 تعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند ابي حنيفة رح وقالان خلط بالجنس يشركه
 ان شاء كخلط الدرهم البيض بمثلها او السود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير
 وقالان تعذر الوصول الى عين حقه صورة وامكته معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك
 فهو استهلاك من وجه دون وجه فيبدل الى ايها شاء ولا يبي حنيفة رح انه استهلاك
 من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله وامكته معنى
 غير صحيح لانه بالقسمة وهي من احكام الشركة فلا تصلح موجبة لها لئلا ينقلب المعلوم

كتاب الوديعة

علمه ولو أبرأ المالك الخلط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لأنه لاحق له الا في الدين وقد استقط
وعندهما تستطخيرة الضمان لتعين الدين لصرف البراء اليه فتبقى الشركة في المخلوط
وان خلط المائع بغير الجنس كخلط الحلّ بالحاء المهملة وهو دهن السمسم بزيت الزيتون
صار مذهبهما كدهب ابي حنيفة رح فيوجب انتطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع
لأنه استهلاك صورة وهو ظاهر وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة
القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجس ومن هذا القبيل اي من قبيل انتطاع
حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم
ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور
لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتميز صورة ومعنى وان خلط المائع بجنسه
اوجب الضمان عنده لما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا
للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبار الغالب اجزاء
وعند محمد رح شركه بكل حال اي سواء كان الخلط بالتليل او بغيره لان الجنس
لا يغلب الجنس عنده لما في الرضاع اذا جمع بين لبن امرأتين في فدرح وص في حلق رضيع
يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد رح ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذا ابدت لصيرورته مائعا
بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلفا صارا شريكين
لأنه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا
اذا الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على التبركة فان انفق المودع
بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خطأ
لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خطأ لعدم تفرد بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد
ما انفق كان ضامنا لما انفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما انفق لم يتعيب الباقي
فان هذا مما لا يضره التبعض اذا الكلام فيه وان اخذ ليقض ثم بدله ففرد الى موضعه فهلك

(كتاب الوديعة)

مهلك فلا ضمان عليه لان اخذه لم يناف الحفظ وبمجرد النية لا يضر ضامنا كما
لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل **قوله** واذا تعدى المودع في الوديعة واذا
تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة او لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها
عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ
عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضاملا لان الوديعة لكونها امانة تنافي الضمان
واذا ثبت الضمان انتفى المنافى الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا
ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة
وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت تقبضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة
يتقدر بتقدير الضرورة وهي تندفع بانباته مادامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه
فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعرض بان الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا
شانه فالمخالفة فيرد الامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف
بعد الجحود واجيب باننا لا نسلم ان المخالفة فيه رده من الاصل لان بطلان الشيء انما يكون
بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الابداع
ولا ينافيه* الا ترى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب اودعك
وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون رد القول مثله الا يرى
ان الجحود في اوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلوة او صوم مأمور به ليست
برد ولهذا لا يكفر بها **قوله** كما اذا استأجره تنظير لمسئلة الوديعة بالاستيجار فان المخالفة
ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ
في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك
عن كونه امينا واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه امينا باعتبار ان عقد
الاجارة عقد لازم فلا يرد بوجه بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد لازم وغير لازم

(كتاب الودیعة)

فی الانتقاض بعد تم تسلیم المعتقد علیه سواء بالاتفاق كالأجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض
 بعد تسلیم المعتقد علیه ثم فی الاستیجار ورد العقد علی منفعة الحافظ فی المدة والمنفعة
 تحدث شیئاً فشیئاً فبترك الحفظ فی بعض المدة یبطل العقد فی ذلك القدر ویكون باقی البقاء
 المعتقد علیه فكذا فی الحفظ بغير بدل وقوله فحصل الرد الی نائب المالك جواب عن قوله
 فلا یبرأ الا بالرد علی المالك ووجهه ان المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة
 وعاد مودعاً حصل الرد الی نائب المالك وقوله فان طلبها صاحبها الی آخره ظاهر وقوله
 ولو جدها عند غیر صاحبها كان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي
 وديعة لا یضمنها عند ابی یوسف ربح وكذا لو جدها عند صاحبها من غیر طلب منه مثل
 ان یقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافاً للزفر ربح وانما ذكر
 خلافاً فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قیل لان هذا الفصل
 غیر مذکور فی المبسوط وانما ذكر فی اختلاف زفر ویعقوب رحمهما الله فذكر كذلك *
 وجه قول زفر ان المحذور سبب للضمان سواء كان عند المالك او لا كالاتلاف حقيقة ووجه
 قول ابی یوسف ربح ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين **قوله** وللمودع
 ان یسافر بالوديعة وللمودع ان یسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا
 اذا كان الطريق آمناً فان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق واذا كان آمناً وله بد من السفر
 فكذلك وان لم یكن وسافر باهله لا یضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها فی اهله
 ولا فرق بین السفر الطویل والتقصیر وقالوا ليس لذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقد تقدم
 معنی الحمل والمؤنة لكن قبل عند ابی یوسف ربح اذا كان بعيداً وعند محمد ربح قريباً
 كان او بعيداً وقال الشافعی ربح ليس له ذلك فی الوجهین ای سواء كان لها حمل ومؤنة
 او لا ابی حنیفة ربح اطلاق الامر لان الامر امره بالحفظ مطلقاً فلا یتقید بمكان كما لا یتقید
 بزمان فان قبل سلمنا ان اطلاق الامر یقتضی الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة

(كتاب الودیعة)

المفازة ليس محلا للحفظ آجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا
اي ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف
مظنونا لما جاز لهما ذلك قبل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس بخاطرون
بالتجارة بطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الودیعة فلا يكون
الاستدلال به على المودع صحيحا اجيب بانه توضيح لاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح
لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف
فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه يلزمه
مؤنة الرد لان المودع يجوز ان يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد فالظاهر
انه لا يرضى به فينتقده لكن ابا يوسف رح جعل السفر القريب عفوا قايلا على الغبن
اليسير في التجارات والشافعي رح يقيدة بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار
وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر
بذلك المال وان سافر ضمن **قوله** قلنا مؤنة الرد جواب عن قولهما وتقريره سلمنا ان المؤنة
تلتحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع امره فانه
امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالى به وقوله والمعتاد كونهم في المصر
جواب عن الشافعي رح يعني ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع في المصر لا حفظهم فان
من كان في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله الى الامصار بخلاف الاستحفاظ بالاجر
لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد واذا انهاء المالك ان يخرج بالودیعة
فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد ان الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا **قوله** واذا اودع
رجلان عند رجل ودية اذ تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقي
لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي ولا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك
قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب ان يشارك

(كتاب الوديعه)

الناض في ما قبض وذكر رواية الجامع الصغير لتدل بوضعه على ان المراد موضع الخلاف والمذكور في مختصر التدويري من قوله وديعه المكيل والموزن لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد رح الخلاف في ما يتقسم وما لا يتقسم قال في الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعه من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالا جماع وحكاية الحمامي في المسئلة مشهوره لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ومن طالب ما سلم لم يمنع عنه ولهذا كان له ان يأخذ^ط وان كان في يد المودع بالاتفاق ولا يبي حبيعه رح لانسلم انه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمه وليس للمودع ولاية القسمه لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يتبع دفعه قسمه بالا جماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون متصرف في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الي من لا يجب له عليه ذلك والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصه **قوله** له ان يأخذ جواب عن قولهما ولهذا كان له ان يأخذ وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم وديعه عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اي لغريم المودع بالكسر ان يأخذ اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه **قوله** وان اودع رجل عند رجلين شيئا ما يتقسم هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يتقسم وهو

(كتاب الودیعة)

وهو ما يتعيب به كالعبد والداية والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر وقال
في المبسوط قول أبي حنيفة رحمه الله لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضی بامانة واحد
فاذا كان الحفظ ممايتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل واذا قال صاحب
الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن معناه اذا لم يكن له من التسليم
اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يدفعها الى احد من في عياله
فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكانت
شيئا يحفظ على ايدي النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهذا معنى قوله وهو محمول
الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة
فيه توجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به كما في مانحن فيه يلغو وعلى
هذا اذا نهى عن الدفع الى امرأته وله امرأة اخرى امينة او عن الحفظ في الدار
وله اخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره
وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها
او عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني
غير مقدور العمل به **قوله** ومن اودع رجلا وديعة اذا اودع المودع الوديعة ضمن
دون الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله ويخير رب المال في تضمين ايها شاء عندهما لانه قبض
من ضممين لان المالك لم ير ض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني
قد قبض منه والقباض من الضمين ضممين كمودع الغاصب غير انه ان ضمن الاول
لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني
رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما الحقه من العهدة ولا يبي حنيفة رحمه الله قبض
المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن مالم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة
رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا الودع الى من يحفظه بحضرة كعياله

فيلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين
 فلم يوجد تعد منهما فاذا فارقته فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فمستمر على
 الحالة الاولى وهو القبض من امين اذا لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريش
 اذا اقلت في حجرة ثوب غيره واذا كان في يد رجل الف فادعاه رجلان كل واحد منهما
 انها له اردعها الي آخره طاهر سوى الفاطن ذكرها **قوله** لتغائر الحثين لان كل واحد منهما
 يدعي **القول** وان نكل اعني الثاني اي بعد ما حلف الاول **قوله** ولا يقضي
 بالنكول يعني الاول لان الثاني ربما يقول انما نكل لك لانك بدأت بالاستحلاف
 فلا تنتزع الخصومة بينهما **قوله** فيكشف وجه القضاء بانه يقضي بالالف الاول او الثاني
 اولهما جميعا لانه لو حلف الثاني فلا شيء له والالف كله الاول ولو نكل الثاني ايضا كان
 الالف بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه **قوله** لانه اي لان المودع
 المكر اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله عند ابي حنيفة ربح او بافراره عندهما ولو قضى
 الاول حين نكل قال الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف
 للثاني واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي قدمه
 اما باختياره او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف للثاني
 ما ذا حكمه وقال اخره في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي بنكوله للاول وقوله لكونه
 اقرارا اي لكون النكول اقرارا لالة وقوله ما هذا العبد لي يعني لا تقتصر على لفظ العبد
 بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به للثاني لانه
 لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله بناء اي قال الخصاف يحلفه عند محمد ربح
 بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعه ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد ربح
 خلافا لابي يوسف ربح كما اذا اقر بالوديعه لانسان ثم قال اخطأت بل هي لهذا كان عليه
 ان يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر

(كتاب العارية)

للاخر فبستها لاقرارها للثاني وانه يصير مستهلكا على الثاني لاقرارها بها الاول فيكون
ضامنا له قبستها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول
محمد رح خلافا لابي يوسف رح لان بسجود اقراره لم يفوت على احد شيئا وانما الفوات
بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ومحمد رح انه سلط القاضي على القضاء
بها الاول لاقرارها وقد اقرانه مودع للثاني والمودع اذا سلط على المودعة غيره صار ضامنا
وللمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات

* كتاب العارية *

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله * ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج * قيل هي
مشتقة من التعاو وهو التناوب فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه
بالاسترداد متى شاء * واختلف في تعريفه اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تملك المنافع
بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير * قيل وهو قول الشافعي رح قال
لأنها تعتقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره
وكل من ذلك يدل على انها اباحة اما الاول فلان التملك لا يعتد بلفظ الاباحة واما الثاني فلان
التملك يقتضي ان تكون المنافع معلومة لان تملك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة
وهو ليس بشرط فكان تملك المجهول واما الثالث فلان المغير يملك النهي عن الاستعمال
ولو كان تملك المالك كالاجر لا يملك نهى المستأجر عن الانتفاع واما الرابع فلان المستأجر
يجوز ان يوجر المستأجر لتملكه المنافع فلو كانت الاجارة تملك لجاز له ذلك كما في الاجارة
والهبة وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التملك فان العارية من العربة وهي العطية وهي انما تكون
تملكا ولهذا تعتد بلفظ التملك مثل ان يقول ملكتك منقعة داري هذه شهر او ما يعتد
بلفظ التملك فهو تملك فان قيل المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التملك اجاب بقوله
والمنافع قابلة للملك كالايمان وبنى على ذلك قوله والتملك نوعان بعوض وبغير عوض

(كتاب العارية)

وذلك ظاهر لا نزاع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة
وفيه بحث من اوجبه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعروف اذا
عرف شيئا بالجامع والمنافع فان سلم من النقض فذلك وان انتقض بكونه غير جامع
او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات * والثاني
انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي
الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيرة ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي
وموضعه اصول الفقه * والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا
الى فرع هو نظيرة والمنافع ليست نظيرة الاعيان ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف
اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه جعل لبيان المناسبة لاستدلالا على ذلك
وان كان الثاني جعل لبيان الخواص تعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب
حكم العارية وعرفنا بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس
في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى **قوله** ولفظ الاباحة جواب عن قول
الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد بلفظ الاياحة
ولا نزاع في كونها تمليكا **قوله** والجهالة جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التملك
ووجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كك لعدم اللزوم ووجه
اخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لاجهالة وقوله والنهي
منع عن التحصيل جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي
ليس باعتبار انه ليس في العارية تملك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل
المنافع التي لم يملكها بعد وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير
اي وقت شاء كما في الهبة وقوله ولا يملك الاجارة جواب عن قوله ولا يملك الاجارة
من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجي هذا ما يتعلق بتفسيرها وحكمها وشرطها

(كتاب العارية)

وشرطها قابلية العين للانتفاع بهما مع بقائها * وسببها ما مر مراراً من التعاضد المحتاج اليه
المدني بالطبع وهي عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعاً من
صفوان * وانما قدم بيان الجواز على تفسيره لشدّة تعلق العقه به قوله وتصح بقوله
اعرتك هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي
حقيقته في عقد العارية واظمتك هذه الارض لانه مستعمل قبل اي مجاز فيه وفي عبارته
نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف
صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريحان
لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم
ان الآخر حقيقة ومنحك هذا الثوب اي اعطيتك المنحة وهي الباقية او الشاة يعطي
الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردّها اذا ذهب درّ هائم كثر حتى قبل في كل من
اعطى شيئاً منح وحملك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله هذا الهبة لانهما التملك
العين عرفاً وعند عدم ارادته الهبة يحتمل على تملك المنافع تجوز اي مجازاً من
حيث العرف العام واخذ منك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام وهو العارية وداري
لك سكني لان معناها سكنها لك وهي العارية وداري لك عمري سكني لانه جعل
سكنها له مدة عمرة وجعل قوله سكني تفسيراً لقوله لك لانه منصوب على التمييز من
قوله لك لان قوله لك يحتمل تملك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه تعيينت المنفعة
فحمل الكلام عليه اي على تملك المنافع بدلالة آخره حملاً للمحتمل على المحكم
وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية
مردودة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة
وفيه زيادة مبالغة في ان العارية مستحق الرد ولان المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب
حدوثها فالتمليك في مال لم يوجد منها لم يتصل به القبض وهو لا يملك الا به فصح الرجوع عنه

قوله والعارية امانة ان هلكت من غير تعدي لم يضمن ان هلكت العارية فان كان
بتعد كحمل الدابة ما لا يحمل مثلها او استعمالها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب
وجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعي رح يضمن لانه
قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق قبضه قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض
المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله لاعتن استحقاق اي لاعتن استيجاب
قبض بحيث لا ينقضه الاخر بدون رضاه احتراز عن الاجارة فان المستأجر يقبض
المستأجر بحق له ليس للمالك التقبض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل قبض بأذن
ومثله لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها
لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب
الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على منوم
الشراء فانه وان كان بأذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعتن استحقاق اذا هلك
ضمن فكذا هذا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان اما ان يجب
بالعقد او بالقبض او بالأذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ
الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
اولا باحتيا على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى
يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس
يكذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن
المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه **قوله** والاذن جواب عن قوله
والاذن ثبت ضرورة الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد
الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن

(كتاب العارية)

لكن القبض ايضا لم يكن الالاتقاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه وقوله انما وجب الرد مؤنة * جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على ان القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان وقوله والمقبوض على سوم الشراء جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد نصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا ان الأخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرًا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانًا * ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقیمت مقام الحقيقة نظراله الا ان الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلاً كاملاً وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف * وقيل كتاب الاجارات من المبسوط **قوله** وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره وليس للمستعير ان يواجر المستعار فان آجره قطب ضمن لوجهين * احدهما ان الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه * والثاني انما لو صححناه فاما ان يكون لازماً او غير لازم ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانهقادة غير لازم عكس الموضوع واما الاول فلانه حيثئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انتضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازماً وهو ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها واذا كانت باطله كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك

(كتاب العارية)

وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه
ظهر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجوع على المورج اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا
لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف
المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي رح ليس له ان يعيره
لانها اباحة المافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا اي كون الاعارة اباحة لان المنافع
غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة
بالاباحة فلا يصار الى التملك ولما انها تملك المافع على ما مر فيتضمن مثله كالموصى له بالخدمة
يجاز له ان يعير لملكه المنفعة وقرئ المنافع اعتبار قابلة جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك
وتقريره لانسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك
دفعاً للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تسليك المنفعة ما تعارت الحكم في الصحة
بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كما لك اجاب بقوله انما لا يجوز في ما
يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال
غيره قال رضي الله عنه وهذا اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت
الاعارة مطلقة فوجب ان يبين اقسامها فقال وهي على اربعة اوجه وهي **قسمة عقلية** * **احدا**
ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع * **والثاني** ان تكون مقيدة فيهما * **والثالث** ان تكون
مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع * **والرابع** بالعكس فللمستعير في الاول
ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملاً بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجار فيه
ما ساءه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك كمن استعار دابة ليحمل
عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة اخرى او الى خير منه كما اذا حمل
مثل ذلك شعيرا استحسننا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس
لا تعتبر المنفعة والضرر لا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه

(كتاب العارية)

بيعه * وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقيدها بما يعتبر اذا كان مفيداً وفي الثالث والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع وعلى هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له ان يحمل ويعبر غيره للحمل لان الحمل لا يتجاوز ولان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفاً لانه لما اطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له ان يركب غيره وبالعكس كذلك فلو فعله ضمن لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثاني * وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام **قوله** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا استعار الدراهم فقال له اعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الا عارة تملك المفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان ذلك تملكاً للعين اقتضاء وتملك العين اما بالهبة او القرض والقرض ادناهما لكونه متيقناً قبل لانه اقل ضرراً على المعطي لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضرراً فهو الثابت يقيناً ولان من قضية الا عارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فاقم رد المثل مقامه قال المشائخ هذا اذا اطلق الا عارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً او يزين بهاد كانا لم يكن قرضاً ولم يكن له الا المفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية لتجمل بها اوسيفاً محلي يتقلده يقال عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوي واذا استعار راضاً للبناء والغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلف قلع البناء والغرس اما الجواز فلان هذه المفعة معلومة تملك بالا جارة فكذا بالا عارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما بينا يعني به قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحاً بقي المستعير

(كتاب العارية)

شاغلا ارض المعير فيكفى تعريفاً لهم المعير ما ان وقت العارية او لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور ومن جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العند و ظن انه يتركها في بده مدة طويلة فمن ان غير ان يسبق منه الرد وان كان وقت العارية فراجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والعرض بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذا ظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مرو الا عارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه بقيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لتفسك على ان اتركها في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك بقريته حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن وحيث كانت الا عارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك بما قلنا *
ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً واذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع بشأنيته دنانير كذا ذكره القدوري يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه قالوا يعني المشائخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالتحبار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق فالتحبار في الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهذا ظاهر * ويجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما

انما تمكن من القلع وترك الضمان اذا لم يتضرر الارض بالقلع واما اذا تضرر فالبخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت اولم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقيق فانه لما كان الترك باجر لم تفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الآخر بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قوله** واجرة رد العارية على المستعير اجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستأجرة على الموجد وذلك لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب عليه اجرة الرد وفي العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر واما الواجب عليه التمكين والتخلى لان منفعة قبضه سالمة للموجد معنى فتكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستأجر قد انتفع بمافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة العين لكونها متبوعة اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعار دابة فردها الى اصطلح مالكيها فهلكت لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لارد فصار كارد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرف ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فردّه الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لو لم يردّها الا الى المعبر للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده او اجبره مسانهة او مشاهرة فهو صحيح لانها امانة وله حفظها على ايديهم كما

(كتاب الهبة)

في الوديعة وكذا اذا رد هامة عبد رب الدابة واجبره لوجود الرضى به من المالك
الا ترى انه لو رد هامة اليه فهو يردها الى عبده واختلقوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم
على الدواب نقبل به وقيل هو وخبره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة
وان رد هامة اجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصد ا
كما قاله بعض المشائخ وهو الكرخي ومن قال بانه يملك الايداع وهو مشائخ العراق اولوا
هذه المسئلة بانتشاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذا كان مورد عا وليس له ان يودع غيره فاذا
اودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح الله اعلم بالصواب

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن صاحبها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال
الشيء الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وفي الشريعة تملك
المال بلا عوض والهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلوة والسلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك
انعتد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا بخلاف البيع من جهة العاقلين
اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب
فلم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون
القبض بخلاف البيع وقال مالك رجع يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى
هذا الخلاف الصدقة ولو قال صلى الله عليه وسلم لا يجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم
الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزم به شيء
لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه الزام التسليم ورد بان المتبرع بالشيء
قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه
الوضوء ومن شرع في صوم او صلوة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به
فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر والشروع

(كتاب الهبة)

والشروع ومالا ينتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم
جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما ينتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت بها بدون
القبض لانه لا الزام فيه زيادة على ما تبرع وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ
لا يتصور الا لزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وهذا موافق لرواية الايضاح وقال
في المبسوط لان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية * الحق الهبة
بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك الثابت
للوهاب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو في الهبة التسليم
وفي الوصية موت الموصي لكون الموت بنا في الملكية فصح **اللاحق قوله** وحق الوارث
متأخر جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصي له
على تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها
ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له
في المجلس بغير اذن الوهاب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن
له الوهاب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف
في ملك الوهاب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون
الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه الاستحسان في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول
في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه
فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول والمقصد منه اي مقصود الوهاب
من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطه
على القبض تحصيل المقصود فكان اذا نادى له ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا
التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول بتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه فان قيل يلزم
على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز له القبض اجاب بقوله بخلاف

(كتاب الهبة)

ما اذا يراه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لاتعمل في مقابلة الصريح وفيه بحثان الاول
لو كان القبض بستر له القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان مقصود
البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الاجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل
اجاب البائع تسلطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده
ويحبسه للثمن واجيب عن الاول بان الاجاب من البائع شطرا لعقد وهو لا يتوقف على
ما وراء المجلس وفي الهبة وجد عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني باننا لانسلم
ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن
لا غير وثبوت الملك له ضمنيا لا معتبر به **قوله** وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت هذا بيان
الانطاط التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول في قوله لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل
فيه وكلامه واف لا فائدة المطلوب سوى الفاظ نذكرها **قوله** او كل اولادك نحلت مثل
هذا روى نعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان يشهد
على ذلك رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال او كل ولدك نحلت
مثل هذا فقال لا فقال هذا جور وقوله عليه السلام ولورثته من بعده اي ولورثته المعمر له من بعده
المعمر له يعني ثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاها من شرط الرجوع وكذا الوشرط الرجوع صريحا
يبطل شرطه وقوله لما فلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتملك وقوله فلان الحمل
هو الاركاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة
اردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتملك فاذا روى محتمل لعظه في ما فيه تشديد عليه
عملت نية لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتملك العين وعند عدم
ارادته الهبة تحمل على تملك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هنالك ان قوله لانهما لتملك العين
يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز صرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة

(كتاب الهبة)

حَقِيقَةُ يَعْنِي فِي اللُّغَةِ فَاسْتَعْمَالُهَا فِي الْحَقِيقَةِ الْعَرَفِيَّةِ مَجَازٌ لُغَوِيٌّ وَلَوْ قَالَ مَنَحْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَّةَ
كَانَتْ عَارِيَّةً لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلِ يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْعَارِيَّةِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
الْمَنَحَةُ مَرْدُودَةٌ وَقَوْلُهُ وَلَوْ قَالَ دَارِي لَكَ هَبَّةٌ سَكْنِي أَوْ سَكْنِي هَبَّةٌ إِنَّمَا هُوَ بِنَصْبِ هَبَّةٍ
فِي الْمَوْضِعَيْنِ أَمَّا عَلَى الْحَالِ أَوِ التَّمْيِيزِ لَمَا فِي قَوْلِهِ دَارِي لَكَ مِنَ الْإِبْهَامِ وَقَوْلُهُ لَانَ الْعَارِيَّةِ
مَحْكَمَةٌ فِي تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ كَانَ الْوَاجِبُ أَنْ يَقُولَ لَانَ سَكْنِي مَحْكَمٌ فِي تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ إِذَا هُوَ
الْمَذْكُورُ فِي كَلَامِهِ وَبِجُوزِ أَنْ يَقَالَ سَكْنِي لَا يَحْتَمِلُ إِلَّا الْعَارِيَّةَ فَعَبْرَ عَنْهُ بِالْعَارِيَّةِ وَلَوْ قَالَ هَبَّةٌ
تَسْكُنُهَا فَهِيَ هَبَّةٌ لَانَ قَوْلُهُ تَسْكُنُهَا مَشُورَةٌ وَلَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ وَهُوَ تَنْبِيهُ عَلَى الْمَقْصُودِ أَنَّهُ
مَلِكُهُ الدَّارَ عَمْرَةً لَيْسَ تَسْكُنُهَا وَهُوَ مَعْلُومٌ وَأَنْ لَمْ يَذْكُرْ فَلَا يَتَغَيَّرُ بِهِ حُكْمُ التَّمْلِيكِ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ
هَذَا الطَّعَامُ لَكَ تَأْكُلْهُ وَهَذَا الثَّوبُ لَكَ تَلْبَسْهُ فَإِنْ شَاءَ قَبْلَ مَشُورَتِهِ وَفَعَلَ مَا قَالُوا وَإِنْ
شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ بِخِلَافِ قَوْلِهِ هَبَّةٌ سَكْنِي لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنْ قَوْلَهُ سَكْنِي اسْمٌ فَجَازٍ
أَنْ يَقَعَ تَفْسِيرُ الْأَسْمِ آخِرُ بِخِلَافِ قَوْلِهِ تَسْكُنُهَا لَكُونُهُ فَعْلًا وَقِيلَ لَانَ قَوْلُهُ تَسْكُنُهَا فَعَلَ
الْمُخَاطَبُ فَلَا يَصْلَحُ تَفْسِيرُ الْقَوْلِ الْمُنْكَطَمِ قَوْلُهُ وَلَا يَجُوزُ الْهَبَةُ فِيمَا يَقْسَمُ إِلَّا مَحْزُوزَةٌ مَقْسُومَةٌ
الْمَوْهُوبُ أَمَّا أَنْ يَحْتَمِلَ الْقِسْمَةُ أَوْ لَا وَضَابْطَةٌ ذَلِكَ أَنْ كُلَّ شَيْءٍ يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ فَيُوجِبُ
نَقْصَانًا فِي مَا لَيْتَهُ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَمَا لَا يُوجِبُ ذَلِكَ فَهُوَ يَحْتَمِلُهَا فَالثَّانِي كَالْعَبْدِ وَالْحَيَّوَانِ
وَالْبَيْتِ الصَّغِيرِ وَالْأَوَّلِ كَالدَّارِ وَالْبَيْتِ الْكَبِيرِ وَلَا تَجُوزُ الْهَبَةُ فِي مَا يَقْسَمُ إِلَّا مَحْزُوزَةٌ
مَقْسُومَةٌ وَالْأَوَّلُ أَحْتَرَّازٌ عَمَّا إِذَا وَهَبَ الثَّمَرُ عَلَى النَّخِيلِ دُونَ النَّخِيلِ أَوْ الزَّرْعِ فِي
الْأَرْضِ دُونِهَا فَإِنَّ الْمَوْهُوبَ لَيْسَ بِمَحْزُوزٍ أَيْ مَقْبُوضٍ وَالثَّانِي عَنْ الْمَشَاعِ فَإِنَّهُ إِذَا حَازَ
وَقَبْضَ الثَّمَرِ الْمَوْهُوبَ عَلَى النَّخِيلِ وَلَكِنْ ذَلِكَ الثَّمَرُ مَشْتَرِكٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لَا يَجُوزُ
إِسْتِثْنَاؤُهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْسُومٍ وَمَعْنَى قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ لَا يَثْبُتُ لِلْمَلِكِ فِيهِ إِلَّا مَحْزُوزَةٌ مَقْسُومَةٌ لِأَنَّ الْهَبَةَ
مَا يَقْسَمُ تَقَعُ جَائِزَةً وَلَكِنْ غَيْرُ مَثْبُتَةٍ لِلْمَلِكِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ مَغْرُزًا فَإِنَّهُ إِذَا وَهَبَ
مَا يَقْسَمُ ثُمَّ أَفْرَزَهُ وَسَلَّمَهُ صَحَّتْ وَوُقِعَتْ مَثْبُتَةً لِلْمَلِكِ فَعَلِمَ بِهَذَا أَنَّ هَبَةَ الْمَشَاعِ

(كتاب الهبة)

في ما ينقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توفى اثباتها الملك على الافراز والنسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع في ما لا ينقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم في ما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكره وقال الشافعي رح هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تملك وهو ظاهر وعقد التملك يصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفساد والصرف والسلم فان الشروع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلّى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ملك المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون رأس مال السلم وبذل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل للحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية ولا لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لان السلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون التبرع مبطالا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطالا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشر كته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشروع لا ييطل التبرع حتي يكون مانعا ولنا ان القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره اليه اي بضم غير الموهوب الى الموهوب والغير غير موهوب وغير ممتاز

مستأثر عن الموهوب فكل جزء فرضه يستعمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجهه دون وجه وفيه شبهة لعدم المنافاة للاعتناء بشانه ولان في تجويزه الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا اي ولان في تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جواز قبض القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ولا يله لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهايأة وفي ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك اجاب بقوله والمهايأة تلزمه في ما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعودة الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان في عودة الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهايأة لا تحتاج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع **قوله** والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان الشئوع مانع في ما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه اجيب بان كلامنا في ما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة

(كتاب الهبة)

القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم يلزم القسمة وما جازت فالجواب
سيأتي والقرض تسرع من وجه بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه
فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القص فيه ولشبهه بعقد الضمان لم يشترط
فيه القسمة عملا بالشبهين على ان القبض فيه ليس منصو صا عليه فبراعى على الكمال
ولو وهب من شريكه لم يجوز ان لم يلزم فيه مؤنة القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع
فانه مانع عن كمال القبض في ما يجب القبض فيه على الكمال فكأنه اشارة الى الوجه
الاول وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمشٍ في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط
لانه علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص ومن وهب شقفا
مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فما يقسم
الامحوزة وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن
اعادها تمهيدا لقوله فان قسمته وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعند الاشيوخ وبه يتبين ان المانع
من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف دار لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف
الباقى وسلمها جملة جازت **قوله** ولو وهب دقيقا في حنطة بنى كلامه ههنا على ان
المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد
الافراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحيته المشاع للمحلية دون المعدوم
وهذا مما يرشدك الى ان مراد المصنف رح بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله فالهبة
فاسدة وقوله لان امتناع الجواز للاتصال هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يبتوهم انه اختار
قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لا حاجة الى تجديد العقد عند
الافراز في المشاع كما في المعدوم * وانما جعل الدهن في السمسمة والدقيق في الحنطة
معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصرو الطحن ولا معتبر بكونه
موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة واذا كانت العين في

(كتاب الهبة)

في بدا الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لا انتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض
امانة جاز ان ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون
فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما
عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء وديعة
في يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض
ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او يبيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده
لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض
الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهي الى موضع
فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها
الابن بالعقد والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط فيه الا ان فيه احتياطا للتحرز
عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد لانه اي لان الموهوب في قبض
الاب فينوب عن قبض الهبة ويد مودعه كيدته بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا
بيعا فاسد الا انه في يد غيره يعني في الاولين او في ملك غيره يعني في الاخير والصدقة
في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي
له وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصي لان
عند وجودهما ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي جاز له
قبض الهبة لاجل اليتيم قيل اطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي
ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد اب
الاب ووصيه فامع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن
وسواء كان ذارحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية
من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز

(كتاب الهبة)

قبض من كان الصبي في غياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ لا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع
فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة وارى انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد
وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو متيد بقوله
والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجدة وصيه للعلم
بان الجدة الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب وان وهب للصغير
اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الامر الدائر بين الضرر والنفع فالنفع
المحض اولى بذلك **قوله** واذا وهب لليتيم هبة اذا وهب لليتيم مال فالتبض الى من له
النصرف في ماله وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم
لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر امه اي في كفها وتربيته فقبضها له جائز
لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يد معتبرة الا ترى
ان اجنبيا اخر لا يتمكن من نزعته من يده فيملك ما يتمحض نفعه في حقه لكن بشرط
ان لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه
نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعه فان قيل عقل الصبي اما
ان يكون معتبرا ولا فان كان الثاني وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب
ان لا يجوز اعتبار الصبي مع وجود اهليته فالجواب ان عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع
محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توغيرها ايضا لانه يفتح به باب آخر
لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر في المبرد بين النفع والضرر سد الباب
المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبرة
برأي الولي واذا وهبت للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت اليه او لا فان كان الاول
جاز قبض زوجها لانه الاب قد فوض امورها اليه حيث زفها اليه وهي صغيرة واقامه
مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب

(كتاب الهبة)

الاب حتى اوقبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها * واطلق المص رح عن كونها بجامع
مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجمع لا يصح قبض الزوج عليها
وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما
ذكر في الايضاح ان قبض الزوج اياها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل
من يعولها غيرها فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف
هؤلاء للضرورة لا بتقويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله
يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله
بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبته غيبة منقطعة
ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها وان كان الثاني فلا
معتبر لقبض الزوج لها لان ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها يد مستحقة وذلك لا يوجد
قبل الزفاف **قوله** واذا وهب اثنان من واحد ارجاز واذا وهب اثنان دارا من واحد
جاز لا انتفاء الشيوع لان الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو قد
قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقال لا يجوز لان هذه هبة
الجملة منهما لا اتحاد التملك ولا شيوع في هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان
تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة
دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولا يبحنيفة رح ان هذه هبة النصف
من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم قبل احدهما صح فصا ركما لو وهب النصف
لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التملك ولان الملك
ثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على
سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم
التمليك ثبت التملك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك

(كتاب الهبة)

وفيه إشارة إلى الجواب عما يقال الشيوع إنما يؤثر إذا وجد في الطرفين جميعا فاما إذا حصل في احد هما فلا يؤثر لانه لا يلحق المئبر ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعا ووجه ذلك ان يقال ان سلمنا ان الشيوع إنما يؤثر إذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين واما ان المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمئبر فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به **قوله** بخلاف الرهن جواب عما استشهد به ووجهه ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كمالا ولهذا الوقضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينا وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على ان الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل تدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع بمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له فيقتع جميع العين لله تعالى على الخصوص فلا شيوع فيها واما الهبة فيراد بها وجه الغني والفرص انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل ما ذكر في الاصل الصدقة على غنيين فيكون مجازا للهبة ومجوز المجاز ما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما تملك بغير بدل **قوله** ولو وهب لرجلين دارا علم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل كقوله وهبت لك ثلثه لشخص وهبت لك ثلثه لآخر* او بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولا آخر كذلك ولم يذكر في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة رح مطلقا اعني سواء كان متفاضلا او متساويا ومر على اصله وجاز عند محمد رح مطلقا مر على اصله وفرق ابو يوسف رح بين المسارعة و

(كتاب الهبة)

والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية علي ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف رح فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف رح وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحد هما نصفها والاخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان تفصيلا ابتدا ثبوت نقل عن عامة النسخ من الدخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف رح عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدا ثبوت العرق لابي يوسف رح ما ذكره في الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفصيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن اصله وهو اصل محمد رح فليست بحاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذ لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست بحاجة الى الدليل لجريانها على اصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذ ارهن من رجلين ونص على الابعاض خلا انه يستوي فيه المساواة والمفاضلة بناء على اصل يصح ان يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذ لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال تملك كل واحد منهما المصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التلخيص كان معتبرا ويفيد تفريق العقد فكانه

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة *)

أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا للكلام العاقل على الافادة وكما
في الرهن فان حالة التفصيل فيه يخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت
حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت *

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع
عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيان **قوله** واذا وهب هبة لاجنبي فله
الرجوع فيها والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذارحم محرم منه فخرج منه من كان ذارحم
وليس بمحرم كبنى الاعمام والاخوان ومن كان محرما وليس بذى رحم كالاخ الرضا عي
وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيد آخرين * احدهما وسلمها
اليه * والثاني لم يقرن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم
ذلك في انشاء كلامه وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه الصلوة والسلام لا يرجع الواهب
في هبته الا الوالد في ما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ولان الرجوع يضاد
التملك والعقد لا يقتضي ما يضاده **قوله** بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال فهذه
العلة موجودة في هبة الوالد لولده تقر به انا لان سلم ذلك لان التملك لم يتم لكونه جزء الله
قوله على اصله اي على اصل الشافعي رح فان من اصله ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه
جزءه او كسبه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الواهب
احق بهبته مالم يشب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون
حجة لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان غيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم
ولانه لو كان كذلك لخالقوله مالم يشب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض
ولان المتصور في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة *)

من فرقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليعدمه والى من يساونه ليعوضه واذ انطرق الحلال
 في ما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كما لمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت
 له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبعاد الرجوع يعني
 لا يستبعد الواهب بالرجوع في الهبة ولا يتفرد به من غير قضاء او رضى الا الوالد فان له ذلك اذا
 احتاج اليه لحاجته وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب
 اي القدر وري فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلوة والسلام العائد
 في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحة لا تحريمه بدليل قوله عليه الصلوة والسلام في حديث
 آخر العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قبته وفعله لا يوصف بالحرمة
 ثم للرجوع موانع ذكر بعضها يعني القدر وري وقد جمعها القائل في قوله * موانع الرجوع في فصل
 الهبة * يا صاحبي حروف دمع خرقه * فالدال الزيادة والميم موت الواهب والموهوب له والعين
 العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقف القرابة والهاء هلاك الموهوب
 وذكر المصنف رح فقال الا ان يعوضه عنها الحصول المقصودا ويزيد زيادة متصلة ولا بد من
 قيد آخر وهوان يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراطه الزيادة فلان النقصان
 لا يسمع الرجوع واما اشتراطه الاتصال فلان المفصلة لا تمنع فان التجارية الموهوبة اذا
 ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون
 الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط كونها
 مؤثرة في زيادة القيمة فلا نهال ولم تكن كذلك عادت نقصا فارب زيادة صورة كانت
 نقصا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطوبى بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة
 في ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب
 بان الرد في المفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لاسبيل
 الى الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية * والاول لا يصح لان العقد لم

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة *)

يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد * وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لامحالة * ولا الى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهربوا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم ينضج الحق الربوا * واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا يكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس ذلك برضاه ولا باختياره فكانت مانعة واذا مات احدا المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج من ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حيوته وان مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولا نه تجرد الملك بتجديس سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب **قوله** فان وهب لآخر ارضاء يضاء هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآري هو المعافى عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآري الاخبة وهي عروة حبل يشد اليها الدابة في محسها فاعول من تأري بالمكان اذا اقام فيه * وقد بقوله وكان ذلك زيادة فيها والواو للحال لان ما لا يكون كذلك او كان ولكن لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لا يسمع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله واذا قال الموهوب له للواهب بيان للالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع واما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض فلنكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس من شرط العوض ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير والجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربوا ولا ان ينحصر العوض له على الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لا سقاط الحق فيصح من الاجنبي كبذل الخلع والصلح لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض و

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة *)

والا فرار لانه تبرع ويشترط ان لا يكون العوض بعض الموهوب مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لاننا علم يبين ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به * خلافا لفررح فانه قال التحق ذلك بسائر امواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا * والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فائدة او ذكره اتفاقا جيب بانه من اثبات الحكم بالطريق الاول وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل لان الموهوب له يودي الى المعوض ما امره به ظاهر افصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بامر غير ان المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بامر او بغيره مالم يضمن الموهوب له ضريحا اما اذا كان بغير امره فظاهروا اما اذا كان بامر فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان مالم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلاثة وقال زفررح يرجع بنصف العوض قاس احدا العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء * ولان ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وعرض بان الغرض انه عوض واجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة *)

في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان موصفا من النصف ابتداء
اجبواب بان ذلك في المبادلات تحتيقليا ومانحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع
في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض لما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان
العوض مشروطا لاهاتم مبادلة فيوزع البديل على المبدل * والجواب عن قياس زفرح
ان المعوض بملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعافا اعتبر المقابلة والانتظام واما
الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع
والعلة لا تنقسم على اجزاء الحكم **قوله** الا انه اي الا ان الواهب يتخير بين ان يرد ما بقي
من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولم يرجع بشيء لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا
ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصيبها
رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك
الشروع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان العوض
لا سقط الحق فوجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزى الاسقاط كما في الطلاق واجيب بانه
ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فيجوز التجزى باعتبارها بخلاف
الطلاق **قوله** ولا يصح الرجوع الا براضيهما لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضاء والقضاء
لانه مختلف فيه بين العلماء قيل لان له الرجوع عند اخلاف الشافعي ر ح واذا كان كذلك كان
ضعيفا فلم يعمل بنفسه في اجاب حكمه وهو العسخ ما لم يضم اليه قرينة يتقوى بها كالهبة فانها لما
ضعفت لكونها تبرع عالم ينفذ حكمه ما لم يضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخاص حملته
على اخلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم ان ثبت **قوله** وفي اصله وهاء اي في اصل الرجوع
ضعف لانه ثبت بخلاف التباس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها
من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمخطأ واسما هو الوهي وهو خطأ لان مدامقصور اسماعلي
ليس بخطأ وتخطية ما ليس بخطأ **قوله** وفي حصول المقصود وعدمه خفاء لان مقصوده

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة *)

مقصود منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل فاذا تردد لا بد من الفصل
بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك قبله
لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعدة لان اول القبض غير مضمون وهذا
دوام على ذلك الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالرضاء كان
فسخا من الاصل وخالف زفر ربح في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة
لان الملك عاد اليه بتراضيها فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا
كان بالرضاء فهو كالبيع المبتدأ والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك او
على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتداء وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك
لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح
في الشائع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة
لما صح فيما يكتمل القسمة كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر
والشروع طار لا اثر له فيها **قوله** لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقريره ان هذا
العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز
استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضاء والقضاء لانهما يفعلان بالتراضي
ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظن على الاطلاق يشتمل التراضي والقضاء وقوله بخلاف
الرد جواب عن قياس زفر ربح تقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما كان في صورة
القضاء خاصة لان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل
الرد لسلامة حقه لاني الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ
فاذا تراضيا على ما لم يقتضيه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وما القاضي فانهما
يقتضي أولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت
بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافتروا واما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة *)

فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء او بالرضاء وفائدة هذا انه لو وهب للانسان فوهب للموهوب له
لاخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي او بغيره
خلا فالزفر رح في غيره * واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع ان يردّه على
بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قوله واذا
قلقت العين الموهوبة اذا تلف الموهوب واستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب
بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له اي للواهب احتراز
عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذاك القبض بحفظها
لاجله فان قيل غرة باجابه الملك له في المحل واخباره بانه ملكه والغرور بوجوب الضمان
كالبايع اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا مطلقا
وقد تقدم وذكر في الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصافان
ضمن بعد الاستحقاق رجوع على الواهب ولم يذكره المصنف رح فكان سبب الرجوع
اما الغرور في ضمن المعاوضة او الضمان نصا واذا وهب بشرط العوض مثل ان يقول
وهبتك هذا العبد على ان تهب لي هذا العبد لان يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء
بالاجماع اما اذا كان بالنظر على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقاض في العوضين لم يثبت الملك
لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تباضا صح العقد وصار في حكم
البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانها بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله
هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العتود للمعاني ولهذا كان
بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهرا ولما انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة
البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين وامكن الجمع بينهما
وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولي من اهمال احدهما اما انه
مشتمل على الجهتين فظاهرا اما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة * فصل في الاستثناء والتعليق)

الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المفاة امكن الجمع لامحالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداء بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشروع فيما يحتمل القسمة وانتهاء بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان اللفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبدا من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه *

فصل في الاستثناء والتعليق

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة **قوله** ومن وهب جارية الاحملها علم ان استثناء الحمل على ثلثة اقسام * قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثناء * وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا * وقسم منها ما يصحان فيه جميعا * فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الاحملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتي لو وهب الحمل لاخر لم يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطاً فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لتضي العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد على ما سيجي وطول بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهور واللبس في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهور

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة * فصل في الاستثناء والتعليق)

وامره بجزءه او اللب في الضرر وحبسه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل
واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن
وبان اخراج الوالد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب
بخلاف الجزاء في الصوف والحلب في اللبن **قوله** وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان
الاستثناء هو الحكم في الكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة
وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن إشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط
الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسندكرة فيها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها
جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب بخروجه عنه بالاعتاق فلم تكن هبة
مشاع فتكون جائزة فاشبه الاستثناء في امكان تجويز الهبة ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز
الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء في التجويز لان الجواز في الاستثناء
كان باطله وجعل الحمل موهوبا وهنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز
فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضية
الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج
عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف رح لما استشعر هذا
السؤال اردفه بقوله او هبة شيء هو مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه
طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح ان يجعل مسئلة
التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا اريد بالاستثناء التكلم
بالباقى بعد الشئ فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشئ ومسئلة التدبير كذلك كما مر
فكانا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف رح اراد بالاستثناء
استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم فان
فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولدا او وهب دارا وتصدق عليه

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة * فصل في الاستثناء والتعليق)

عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا ينوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقديم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد فكانت فاسدة لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد والا عناق او غير ذلك تقيدها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العبري وابطل شرط المعبر في رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات و الهبة ليست منها **قوله** ومن له على آخر الف درهم ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بري او قال اذا ادبت الي النصف فلك نصفه او انت بري من النصف الباقي فهو باطل لان البراء تملك من وجه لا رد اذ بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تملكها ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تملكها من وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يخالف بها كالاتفاق والعناق فلا يتعداها الى ما فيه تسليم فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلام فان رب الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه له توقف على قبوله اجيب بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بغوات القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاتدين لا ينفرد بنفسه فلهذا توقف على القبول **قوله** فلما انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص ينفيد باطلا فانه ان عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو الماروي عن السلف

(كتاب الهبة * باب الرجوع في الهبة * فصل في الاستثناء والتعليق)

وقال بعضهم يجب ان يرد في مجلس الابرار والهبة وقوله بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاستقاطات المحضة ما لا يحلف بها اي لا يقبل التعليق بالشرط كما التحجر على المأذون وعزل الوكيل * والابرار عن الدين منها ومنها ما يحلف بها كالطلاق والعناق وغيرهما والعمرى وهوان بجعل داره لشخص عمره فاذامات ترد عليه جائزة للمعمر له في حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا انه عليه السلام اجاز العمرى والشرط وهو قوله واذامات ترد عليه باطل لما روينا انه عليه السلام ابطال شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة والرقبي وهوان يقول الرجل لغيره داري لك رقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يبعد ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر ان يرجع فيه ويبعه في اي وقت شاء لانه يتضمن اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف ربح جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت قبلك فهي لك اخذت من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التملك بالخطر فيكون باطلا وقوله ولان معنى الرقبى عندهما يشير الى ان ابا يوسف رحمه الله قال بجواز هالاب هذا التفسير بل بتفسير آخر وهوان جعلها من الرقبة كما ذكرنا * وقيل عليه ان اشتاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرائها لاجل ماعنه مندوحة ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام اجاز العمرى والرقبي اجيب بانه محمول على انه صلى الله عليه وعلى آله وسلم سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح صحيح فاجاب بجوازه فصل

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة
وفصل لها فصلاً **قل** الصدقة كالهبّة الصدقة لا تتم الا بمقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز
في ما يحتمل القسمة مشاعاً لما بينا في الهبة ان الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع
فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبّة عوض عنها وفيه تأمل فان حصول
الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال
المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غني بطل الرجوع استحساناً وفي القياس
له الرجوع لان الغرض ثمة حصول العوض ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني
قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل
وعن هذا ذهب بعض اصحابنا الى ان الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز
الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في ذكر لفظ الصدقة دلالة
على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا ينافي القرينة **قل** ومن نذر ان يتصدق بماله
الى آخره ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا الله اعلم

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تملك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تملك
المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع
وسنذكر معنى الاجارة لغة وشرعية وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان
لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع
يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصار والخياطة ونحوهما ومن محاسنها

(كتاب الاجارات)

دفع الحاجة بقليل من البذل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها و حمام يغتسل فيها
وابل يحمل اقله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس * وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء
المقدر بتعاطيها * واما شرطها فمعلومية البدلين * واما كونها بالايجاب والقبول بلفظين
من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة * واما حكمها و دليل شرعيتها فسيذكر انشاء الله تعالى
قوله الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي
هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة
عن تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقض القياس جوازها الا انها جوزت على
خلاف القياس بالانتر لحاجة الناس فكان استحسانا بالانتر ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره
في الكتاب وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجرة قبل ان يحرق عرقه فان الامر باعطاء الاجر
دليل على صحة العقد وقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم من استأجر اجيرا فليعلمه اجرة وفيه
زيادة بيان ان معلومية الاجرة شرط جوازها وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث
المنافع لانها هي المعقود عليه فالملك في البدلين ايضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي
التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة
فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد
العقد فيها واذا استأجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام
المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزام للعقد في المقدار المعين ثم يظهر
عمل العقد واثرة في حق المنفعة يعني يترأخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا
واستحقاقا يعني يثبتان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك في المبيع يثبت
في الحال ويتأخر الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع
بشرط الخيار ولا تضح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله
عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجرة فانه كما يدل بعبارة على كون معلومية الاجرة

(كتاب الاجارات)

الأجرة شرطاً يبدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع
وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالتبع كالتس في البيع فاذا كانت معلومية
التبع شرطاً كان معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي
الى المنازعة كجهالة الثمن والمثل في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمناً في البيع
صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمناً
لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمناً كالايمان التي هي ليست من ذوات الامثال
كالحيوان والياب مثلاً اذا كانت معينة صلح ان تكون اجرة كما اذا استأجر داراً بثوب
معين وان كان لا يصلح ثمناً وفيه نظر فان المتأجرة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين
فلولم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على
المثال ليس من داب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحاً جاز ان يمثل بمثل آخر فليمثل
بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بر كوب
دابة ولا يصلح ثمناً اصلاً **قل** فهذا اللفظ يريد به قوله وما جاز ان يكون ثمناً في البيع لا ينفي
صلاحه غيره كما ذكرنا لانه عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال
فجاز ان تقع اجرة وتقال ان يقول الثمن عوض مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه
بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة
التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة **قل** والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة فتقدم ان
المنفعة لا بد وان تكون معلومة في الاجارة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة
بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة كائنة ما كانت لان المدة
اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوماً فيصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمي
ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق
بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي

(كتاب اجارات * باب الاجر منها يستحق *)

جوزت الاجارة لما قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد العاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة موبدة معنى والتايد يبطلها وجوزة آخرون منهم الخصاف رح لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام العاقدين وانه يقتضى التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالباً ولم تعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه منعة ولم يجعل بمنزلة التأيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالباً وجعل ذلك نكاحاً مؤقتاً اعتباراً للصيغة **قوله** الا ان في الاوقاف يجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار كيلا يدعى المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف ان لا يوجرا اكثر من سنة واما اذا شرط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك بان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها * وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استأجر رجلاً على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره واستأجر خياطاً على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة واستأجر دابة للحمل او الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر في الكتاب

باب الاجر متى يستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف المالك عن العقد بلا خيار الشرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل **قوله** الاجارة لا تجب بالعقد قال صاحب النهاية الاجارة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وادائها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد

(كتاب الاجارات * باب الاجر متى يستحق *)

بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن * والصواب ان يقال معناه لا تملك لان محمد ارح
ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤها فان قلت فان لم يستلزم
نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع
لعدم دلالة الاعم عليه اصلًا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة
ما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله
وتستحق بمعنى تملك يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي رح تملك بنفس العقد
والالم يكن محل الخلاف متحد واستدل الشافعي رح بقوله لان المنافع المعدومة صارت
موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة
كان دينًا بدين وهو حرام لا محالة وان كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود
المقتضي وانتفاء المانع فثبت الحكم في ما يقابله من البذل فان قيل الثابت بالضرورة
لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضروري
اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا ان العقد ينقد شيئًا فشيئًا
على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن
قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل
وهو الاجر تحقيقًا للمساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لذلك وكذا
ان شرط التعجيل او عجل بلا شرط لان المساواة يثبت حقًا له وقد ابطله واعتراض بان شرط
التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد
العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث
كونه معاوضة والا اول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتبارها والثاني ممنوع فان
تعجيل البذل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعرض دليلنا بان البراء عن الاجرة
والارتهاق منها والكتالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة

(كتاب الاجارات * باب الاجر متى يستحق *)

الابراء على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ممنوعة وجوزة محمد بن ح لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة عدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح البراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالقالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل او اشتراطه فكذا الرهن به والجراب عن قوله ولولم تجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام ان ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب واما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك **قوله** واذا قبض المستأجر الدار لبيان ان التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب ان يقول باحد معان اربعة وان يقول او باستيفاء المعقود عليه او بالتتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه احياناً وبديل احد الاقسام لا يكون قسماً بذاته فاذا قبض المستأجر باجارة صحيحة ما استأجرة ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الآجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائماً مقام تسليم المنفعة فان اسلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه او من العين او من اجنبي سلطان او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود لان بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيها في غير مكانه كمن استأجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها المجرور وامسكها

(كتاب الاجارات * باب الاجر متى يستحق *)

وامسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة او سلمها فارغة
فيها في مكانه لكن بهاء عرج فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة
لا عذر فيها لكن منعه السلطان او غصبه غاصب او لم يكن شيء من ذلك اصل لكن الاجارة
كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ
لم يكن من جهته بل لغوات التمكّن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف رح ساكت
عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال
والعرف فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والغاصب منه يمنع عن الاقدام
على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به
والعرف فاس في تسليم المعتود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان
الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجود
المانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجرة بقدرة لوجود الانقاسخ في ذلك **القدر قوله**
ومن استأجر دارا ذكر هذا البيان وقت استحقاق المطالبة الاجرو الحال لا يخلو من ان يكون
وقت الاستحقاق مبينا بالعقد او لا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا
عليه شهرا كان او اقل واكثر لانه بمنزلة التأجيل اذا الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء
من المنفعة تحقيقا للمساواة والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان
الثاني فللمؤجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك
اجارة الاراضي ومن استأجر بغير الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة
لان سير كل مرحلة مقصود كسكنى يوم في الدار وهذا قول ابي حنيفة رح آخر
وكان يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انتضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح
لان المعتود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا يكون مسلمة في بعضها
لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة

(كتاب الاجارات * باب الاجر متى يستحق *)

المنفعة شيئاً كما في المبيع فانه ما لم يسلم جديده، لا يستحق قبض الثمن فصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئاً من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف رح فلا يتوزع الاجر على اجزاءها يعني المافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منصف لانه في المافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئاً فالجواب ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وجوباً وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقدير الان عمل الخياط لما اتصل بالشئ كان ذلك تسليماً تقديراً على ان المصنف رح لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحاً لكان يمكن الرجوع عنه وجه وجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاحرساعة فساعة تحثيقاً للمساواة بين البديلين الا ان المطالبة في كل ساعة تنضي الى ان لا يتفرغ لغيرها فينصرف به بل المطالبة حينئذ تنضي الى عدمها فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بما من جهة الموجد فيمنع الانتفاع من جهته فيمنع المطالبة وما افضى وجودة الى عدمه فهو منصف فقد رنا بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير وليس للتقاصر والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب به الاجر وهذا يشير الى انه لو كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطالب اجرة لانه منتفع به وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاحر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفاً للعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان والنمر تاشي والعوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلاً يدل على ان من استأجر خياطاً يخيط له في بيت المستأجر

(كتاب الاجارات * باب الاجر متى يستحق *)

المستأجر فله الاجر بقدر ما خا ط ونقل عن الذخيرة يجب على الموَجِّر ايفاء الاجر بقدر
ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصّة معلومة من الاجر كما في الجمال ثم قال ولكن
نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف رح اتبع صاحب
التجريد بالفضل الكرمانى في هذا الحكم * واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله
يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصّة معلومة وارى ان ذلك
انما يكون اذا عيّا لكل جزء حصّة معلومة اذ ليس للكتم مثلاً او للبدن اولاد وامل حصّة
معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصّة معلومة الا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة
نوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجرة كما في كل الثوب ولعل
هذا معتد المصنف رح **قوله** ومن استأجر خباز الخبز له ذكر هذا البيان حكيمين * احدهما ان
الاجير المشترك لا يستحق الاجر حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخياط آنفاً
* والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون فاذا استأجر خباز الخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم
لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من النور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل
بالاخراج فلوا حرق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان قيل
خبزة في بيته يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو اجير وحدثوا استحقاقه الاجرة لا يتوقف
على الفراغ من العمل اجيب بان اجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن
استأجر شهر للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان اجيرا مشتركا توقف استحقاقه
على فراغ العمل فان اخرج من النور ثم احترق من غير فعله فله الاجر لان عمله تم بالاخراج
والتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جناية توجبها قال المصنف رح
وهذا اي قوله لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده ولا ضمان على الامين
وعندهما يضمن لان العين مضمونة عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم
والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء

(كتاب الاجارات * باب الاجر متى يستحق *)

ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب
والمالح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة
له * قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القديري واما عند غيره فيسوي مجري
على عمومته بانه لا ضمان بالالتحاق اما عنده فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه
هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما ومن استأجر طبا خالطه له طعاما
للزينة فعليه تغريغه الى التصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استأجر في طبخ قدر خاصة فليس
عليه الغرق ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند ايجبته رح باقامتها فان
افسده المطر قبل ذلك او انكسر فلا اجر له لانه لا يصير مسلما ما لم يصيره لبنا وما دام على الارض
لم يصير لبنا قال لا يستحقته حتى يشرجه اي ينضدة بضم بعضه الى بعض لان التشريح من تمام
عمله عرفا وباني كلامه ظاهر **قوله** وكل صانع لعمله اثر في العين كل صانع له اثر في العين كالتصاير
والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوي الاجر لان المعتقد عليه وصف قائم في الثوب
وهذا ظاهر والمعتقد عليه جاز حبسه لاستيلاء البديل كما في المبيع والوصف الثائم في الثوب
جاز حبسه لاستيلاء البديل والوصف لا يترك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا
التقدير يكون حبس العين ضرورا فلا يتعدى الى عدم الضمان واو حبسه فضايع
لا ضمان عليه فالجواب ما اشار اليه بقوله لانه غير متعدي يعني ان الضمان لا يلزم الاعلى
المتعدي وهو غير متعدي فلا يلزم الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعتقد عليه قبل التسليم
وعند ابيو سفيان ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه
بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر
وسنذكره في باب ضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين كالجمال بالحاء
والجيم فليس له ان يحبس لانه المعتقد عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم
بالعامل او بعين له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمة

(كتاب الاجارات * باب الاجر متى يستحق)

ثم من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء واما اذا كان فهي مسئلة التقصار وهذا مختار بعض المشائخ واختاره المصنف رح وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له اثر في العين * قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله وقوله وهذا بخلاف الابق جواب عما يقال الابق اذا ردة انسان كان لدحق الحبس وان لم يكن لعمله اثر في العين قائم ووجهه ان الابق كان على شرف الهلاك وقد احياه برده فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه يعني حق الحبس للصانع بالا جر فيما اذا كان لعمله اثر هو مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر رح قيل وهو مذهب الشافعي رح ليس له حق الحبس في الوجهين يعني في الذي لعمله فيه اثر وفيما لم يكن لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه والمسلم اليه صاحبه لا يتصور حبسه كمالو عمل في بيت صاحبه والجواب ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضاء بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له ان يحبس وقد تقدم وصار قبض المشتري المبيع بغير رضاء البائع فان للبائع ان يحبس وان يسلمه المشتري لكونه بغير رضاء **قوله** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او بيدك مثلاً واليه اشار المصنف رح بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمصلحة في محل بعينه كان استأجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموَجَر ان يسلم غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خبر بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز وان اطلق له العمل فله ان يستأجر من يعمل له لان المستحق العمل ويمكن ايفاءه بنفسه وبالا ستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين *

(كتاب الاجارات * فصل * باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها *)

فصل

لما ذكر استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر وبعضه وعقبه
لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان بعارض ومن استأجر رجلا
ليذهب الى البصرة فيجبي بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي فاما ان يكون على
جماعة معلومي العدد او لا فان كان الثاني استحق جميع الاجرة وان كان الاول
فلا اجر بحسبه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره وهو اختيار الفقيه
ابي جعفر الهندواني واختاره المصنف رح واليه اشار بقوله ومراده بعنى القدوري اذا كانوا
معلومين وان استأجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجد
ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان كان الثاني استحق اجر الذهاب بالاجماع وان
كان الاول فلا اجر له عند ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله وقال محمد رح له اجر الذهاب وهذا
بناء على ان المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب وقع عند محمد رح انه قطع المسافة
لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد اوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل
له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب
وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استأجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به فوجد
ميتا فرده فانه لا اجر له بالاتفاق لنقصه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وهو ليس بناقص
على محمد رح لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقص ما نفعه منها *

باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة
باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما بعد خلافا من الاجر للموجر وما لا يعد خلافا

(كتاب الاجارات * باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها *)

خلافا **قوله** ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى قبل صورة المسئلة ان يقول
استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيها من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف
الى السكنى وان لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه تسمى مسكنا وفي القياس
لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم
يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه
قوله ولا تلايتاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قديتاوت السكان
فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لايتاوت وما لايتاوت لايشتمل على مايفسد العقد
فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب
وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اى لاطلاق العقد فانه
ليس بمقيد بشيء دون شيء الا انه لايسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالماء او الدابة
دون البدان لم يوهن البناء وفي الجملة كل ما لايتضرر به البناء جاز ان يعمل فيه
ويتقيد به وقوله لايسكن يجوز ان يكون بفتح الباء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال
وينتهي به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم الباء والمنصوبات مفعول به وينتهي به
سكناه دلالة لاتحاد المنطوق وهو الضرر بالبناء ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة
مقصودة معهوده فيها وينبغي ان يذكر انه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها ايضا
فلا بد من البيان نفي للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه متفاوت في الضرر بالارض
وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة او يقول على ان يزرع فيها ماشاء لانه لما فوض
الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص
لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فان
المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز ان يستأجر
الساحة وهي الارض الخالية من البناء والشجر لينى فيها او يغرس لان ذلك

(كتاب الاجارات * باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها *)

منفعة مقصودة بالاراضي فيصح لها العقد فاذا انقضت المدة لزم المستأجر ثلعهما وتسليمها
فارغاً لانه لانهاية لهما ففي ابقائهما اضطرار بصاحب الارض هذا من جانب المستأجر
واما من جانب المورجر فان الارض اما ان تنقص بالقلع اولا فان كان الاول فان شاء يغرم
له قيمة ذلك مقلوعا وبتملكه رضي به المستأجر اولا وان شاء رضي بتركه على حاله
فيكون البناء لهذا والارض لذلك لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فله ان يغرم
قيمة ذلك مقلوعا لكن يرضى المستأجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث
يترك باجر المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانيين وذلك لانا
لو قلعا تضرر المستأجر ولو تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر المورجر وفي تركه باجر رعاية للجانيين
فيصير اليه * واورد مسئلة الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجر **قوله** ويجوز استئجار
الدواب للركوب والحمل اذا استأجر دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استأجرني
للكوب ولم يزد عليه او زاد قتال على ان يركب من شاء او على ان يركب فلان فهي
ثلاثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان اركب شخصا
ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا يقلب
الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير * وفي الاستحسان يجب المسمى ويقلب
جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من ابتداء
لانها عقد ينقضي ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من ابتداء
صح العقد فكذا ههنا وان كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء
كان المستأجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره
بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق الركوب
هو ان يقول على ان يركب من يشاء وان كان الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعين مفيد
لابد من اعتبار فان تعدى كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب

(كتاب الاجارات * باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها *)

كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شتر سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد يتفاوت السكان ايضا فان يسكنى بعض قد يتضرر كالجداد ونحوه اجاب بقوله الذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف رح يجوز استيجار الدواب للركوب معناه لركوب معين امانا حقيقة او تقدير او ان سمي نوعا ومقدارا من شيء يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة افقرة حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم فانهما اذا كانا خمسة افقرة كانا اقل وزنا فكانا اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت يعني به اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملاح اذا كان مثلها كيلا لانه اقل لانعدام الرضاء فيه وان استاجرها ليحمل عليها مقدار من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حد يد الا انه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينسبط على ظهرها وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون **قوله** وان استاجرها ليركبها مسافة فاردف معه رجلا آخر فعطبت ضمن نصف قيمتها سواء كان الرديف اقل او اخف من الراكب ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالغروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات والجناة جمع جان كبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما انصافا لان رب جراحة واحدة اكثر تأثرا

(كتاب الاجارات * باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها *)
 من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه ان اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان
 لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل وان استأجرها للحمل عليها مقدار من الحنطة فحمل
 اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك
 الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطبق حملة واما اذا كان حملا لا يطبقه مثلها يضمن كل قيمتها
 لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان الزيادة من خلاف جنس المسمى
 كمن استأجرها للحملها خمسة اقفة من شعير فحملها مثل كيله حطة فانه يضمن جميع قيمتها
 لعدم الاذن بخلاف ما اذا كان من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون
 في الزيادة فيوزع الضمان ويوقض بما اذا استأجر ثور الطحن به عشرة مخاتيه حطة
 فطحن احد عشر مختوما فهل يضمن الجميع وان كان الزيادة من الجنس واجب
 بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا اذا طحن العشرة انتهى الاذن بمعد ذلك هو في الطحن مخالف
 في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون
 في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك * وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا استأجرها
 ليركبها فاردف رجلا انه يجب ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها
 بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا
 فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصا نالا محالة لان في الاركاب
 منفردا مخالفة من كل وجه وفي الاردا ف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة
 كما مر قوله وان تبع الدابة بلجامها وان كبش الدابة بلجامها اي جذبها الى نفسه
 لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عدا بي حيفه رح وقال لا يضمن اذا فعل فعلا
 متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان
 لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب
 ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبش المتعارف او الضرب المتعارف وخ يكون داخلا مرادا

(كتاب الاجارات * باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها *)

لا مراد الان العقد المطلق بتناوله وغيره ولا يبي حنيئة رح القول بالموجب اي سلمنا
انه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما يستفيع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا لم يكن تحقق
المقصود بها وههنا ممكن ان يتحقق السوق بدونه فصار كالمرو في الطريق وان استأجرها
الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مدبنة كان يسكنها العمان بن منذر وهي على رأس ميان
من الكوفة فجاءوها الى القادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا ثم ردها الى
الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية واختلف المسائخ في معنى هذا الوضع فمنهم من
اول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط ليستهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير
المستأجر بالعود من القادسية اليها مردود الى بد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى
فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا
كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجري على الاطلاق وفرق
بينه وبين المودع بان المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى
مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وح يكون الرد رد الى
نائب المالك والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعالا للاستعمال لا مقصودا فاذا
انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق
نائبا ليكون الرد رد اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك او نائبه ونوقض بغاصب الغاصب
اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين
والجواب ان الرد على احد هما يوجب البراءة البتة وليس كلما يوجب البراءة
يجب ان يكون الرد على احد هما يجوز ان يحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب
الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل
فان قيل الرد الى المالك او نائبه ازالة للتعدي وهو يصلح مبرئا عن الضمان والرد الى
من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا سلم

(كتاب الاحارات * باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها *)

صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان وتقرر الضمان على الغاصب بوجوب سقوطه عن غاصب الغاصب لتلا يلزم كون الشيء مضمونا بضمانين قبل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما ان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمردع ومؤنة الرد على المالك كما في الودبعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشئيين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من التفرقة لينتقل الاتحاد والاتحاد في المطا كاف الاتحاد وهو موجود فان المطا هو التجاوز عن المسمى منعديا ثم الرجوع اليه في ما لم يكن الحفظ فيه مقصود او ذلك موجود فيهما لا محالة قوله وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن اكثرى حمارا بسرج فاستعماله به موافقة فان نزع فاما ان يستعمل بسرج آخر او اكاف وكل منهما على قسمين اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله الحمار ولا وكذلك الاكاف فان اسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقيد بغيره اي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره بمثله وفي بعض النسخ في التقيد بعينه وهو واضح وقوله الا اذا كان زائدا عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان مأذونا في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى ويوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحظوة وان اسرج بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهة نصار مخالفا وان او كنه باكاف لا يوكف بمثله الحمار يضمن لما قلنا في السرج انه لم يتناوله الاذن وهذا أولى لانه من خلاف جنسه وان او كنه باكاف توكل بمثله الحمار ضمن عند ابي حنيفة رح ولم يبين مقدار المضمون اتبا عالرواية الجاهع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضمان لجميع القيمة ولكنه قال هو ضمان وذكر

(كتاب الاجارات * باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها *)

وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد من المشائخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد روي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا صحيح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والا كاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار المصنف رحمه في الدليل حيث قال لانه اذا كان تكفى بمثله الكمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راصيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يبي حنيفة رحمه ان الا كاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر من الآخر فصار كما لو سمي حنطة وحمل بوزنها شعير افانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا وقوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثل الا اذا جعل ذلك مثلا للمخالفة فقط من غير نظر للانبساط وعدمه ومن استأجر حملا لا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخفى ان يكون مسلكه مما يسلكه الناس او لا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطرفين تعاوت بان يكون احدهما او عرا او خوف او نحو ذلك او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذا كان غير مفيد وان كان الاول يضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد بما هذا التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر في ما يحمله الناس
 في البر ضمن لفكش التعاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق
 البر دون البحر وان بلغ له الاجر لحصول المقصود وارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة
قوله ومن استأجر ارضا ليزرعها حنطة ومن استأجر ارضا للزراعة شيء فزرع مثله في الضرر
 بالارض او ما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقة او مخالفة الى خبر وزرع ما هو اضر بها
 كالرطاب فيمن استأجرها للزراعة الحنطة مخالفة الى شرب صيربه المستأجر غاصبا فيجب
 عليه ضمان ما نقص ويستط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذا اجبر يستلزم عدم
 التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات **قوله** ومن دفع
 الى خياط ثوبا ظاهرا وقوله ويستقع به انتفاع القميص يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد
 وقوله لتصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص
 دون القباء والباقي ظاهر *

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها **قوله** الاجارة
 تفسد ما الشروط تفسد الاجارة بالشروط فساد البيع بها لانها بمنزلة في كون كل واحد منهما
 يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الا نل من اجر المثل
 والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كناية عن سياق الكلام
 ودفع الما قبل الا نل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة
 المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغاما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمفتي
 وفتاوى قاضي خان وقال زفرو الشافعي رحمه الله يجب بالغاما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان
 فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عند الاعيان ولنا

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والصروري يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تدفع بالصحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة تبع للصحة فببت فيها ما ينبت في الصحة عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر بالغ ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسدة سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغما بالغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم في نفسه وهواي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكره لتذكير الخبير فان صححت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمى جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت في ما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان يقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وهل يلزم ان يكون القبض بمحض الآخر او لا اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويصح على قول ابي يوسف رح ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضه بخلاف ووجه ذلك المذكور في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجران بخرجه الى ان يقضي الشهر وكذا اكل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكره في الكتاب اي القدوري هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية انه يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على ان رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل مضي رأس الشهر والفسخ

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجي وقته وكلاهما لا يجوز *
وذكرنا ذلك طرقات ثلثة * منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخ العقد
رأس الشهر فيفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر
وعقد الاجارة يصح مضافا كذا فسخه فان استأجر دارا سنة بعشرين دراهم صح وان لم يبين
قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر
ابتداء المدة مما سماه بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو
من الوقت الذي استأجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء لذكر الشهر منكورا
وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا
شهر ابدالة الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه
لعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي
يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان الليالي ليست
بمحل له يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترب ذلك بالسبب
ثم ان كان العقد حين يهل الهلال على بناء المفعول اي يبصر فشهورة السنة كلها بالالهة
لانه الاصل في الشهورة العزيمة فمهما كان العمل به ممكنا لا يضر الى غير وان كان في اثناء
الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهورواية عن ابي يوسف رح ثلثمائة وستين يوما
وعند محمد رح وهورواية عن ابي يوسف رح ان الاول بالايام والباقي بالالهة فيكون احد
عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير لان الايام بصر
اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا يتعدى الى غير ولا يبي حنيفة رح ان تمام الاول
واجب ضرورة تسميته شهرا وتماه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتداء
الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال صاحب
النهاية هذه حوالة غير راجحة فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر كلها عند

(كتاب الاجارات * باب الاجارات الفاسدة *)

كلها عند ابي حنيفة رح بالا يام وعندهما الباقي بعد الاول والاخير بالا شهر لم يمر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف رح قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالا يام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات **قوله** ويجوز اخذ اجرة الحمام والحمام استيجار الحمام والحمام واخذ اجرتهما جائزا ما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال عليه الصلوة والسلام ماراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحمام فلما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام احتجم واعطى الحمام اجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام اخذا بظاهر قوله عليه الصلوة والسلام الحمام شربيت * ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وامرن بالقرار * وروي عن احمد بن حنبل انه لم يبح اجرة الحمام وكره كسبه عثمان وابو هريرة والحسن والنخعي رضي الله عنهم وروى ابو هريرة ان رسول الله عليه الصلوة والسلام قال ان من السحت عصب النيس ومهر البغي وكسب الحمام * والصحيح عند عامة العلماء انه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء اظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم يدخل حمام الجحفة وتأويل ما روي من الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد الستر فلا بأس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في كسب الحمام قد انتسخ لما ذكر في آخر حديث ابي هريرة رضي الله عنه فاته رجل من الانصار فقال

(كتاب الاجارات * باب الاجارات الفاسدة *)

ان لي ناضيا وحجما انا على ناضحي من كسبه قال نعم وانه آخر فقال ان لي عمالا وحجما
انا طعم عمالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة
حسب النيس الفحل اي ضرابه وهوان يوجر فحلا لينزول على الاناث وخرج بعض الشافعية
والحنابلة لجوزة وجهها وهوانه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والسحابة تدعو اليه فكان جائزا
ما استجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف لقوله عليه الصلوة والسلام ان من السحت حسب النيس
رواه البخاري ومراعاة اخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والاسحج وكلامه
فيه ظاهر وقوله على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص
للامانة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشائخنا يرد به مشائخ
بلخ رحمهم الله استحسنا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة
وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار او عند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل
لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وقالوا انما كره
المقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال وكانوا مستغنين عما لا بد لهم
من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسنة ولم يبق ذلك وقال ابو عبد الله
الخير اخرى يجوز في زماننا لالامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة ذكره في الذخيرة
ولا يجوز الاستيجار على سائر المالا هي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالتعدد فانه
لو استجقت به كان وجوب ما يستحق المرأه عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل **قوله**
ولا يجوز اجارة المشاع عندني حنيئة ربح الامن الشريك ولا يجوز ان يوجر الرجل
نصيما من داره او نصيبه من دار مشتركة عن غير الشريك عندني حنيئة ربح سواء
كان النصب معلوما كالربيع ونحوه او مجهولا ولا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا
يجب اجر المثل وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المانع فكان المقتضى
موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف لا يمكن بالتخلية او بالتهائي فصار

(كتاب الاجارات * باب الاجارات الفاسدة *)

كما اذا أجر من شريكه او من رجلين وضار كالبيع ولا يبي حنيفة رح انه اجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين * احدهما ان يكون معارضة وتقديره أجر ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا للقسمة كالدرا او لا كالعبد غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا يصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبندا من غير تعرض لدليل الخصم * والثاني ان يكون مباينة وتقديره لانسلم انتفاء المانع فانه أجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة قوله والتخلية اجواب عما قالوا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية لم يعتبر تسليمها ذاتها حيث اعتبرت بل اكونها تمكينا وهو اي التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكين فكانها اعتبرت علته وهي وسيلة الى التمكين والتمكين في المشاع غير حاصل فعات المعلول واذافات المعلول لا معتبر بالعلته بخلاف البيع فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكين بالتخلية فيه حاصلًا وقوله واما النهائي اجواب عن قولهما وبالنهايي وحاصله ان النهائي من احكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متنفذ لانتهاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالنهايي لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتًا وقوله بخلاف ما اذا أجر من شريكه اجواب عن قولهما فصار كما اذا أجر من شريكه ووجهه انه اذا أجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوخ اجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز واجيب بان المراد لاشيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوخ موصوف ويجوز ان يكون الشيوخ مانعا للحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم ان الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء واما ههنا فلا يعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله والاختلاف في النسبة لا يضره اجواب

٣٤

(كتاب الاجارات * باب الاجارات النائدة *)

عما يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه
 بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا ووجد ذلك ان الاختلاف
 في السبب غير معترا اذا اتحد المقصود على ان يمنع جواز رواية الحسن عنه فكان
 كالرهن على هذه الرواية وقوله بخلاف الشيوع الطاري بان اجر رجل من رجلين
 ثم مات احد هما فانه تبقى الاجارة في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية لان القدرة
 على التسليم ليس بشرط للبقاء لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء
 ليس له تعلق ظاهر الا ان يجعل تهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين لكنه في قوله وبخلاف
 ما اذا اجر ثوة عن ذلك يعرف بالتأمل وقوله بخلاف ما اذا اجر من رجلين جواب
 عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك في ما بينهما طار
 فان قيل لانسلم انه طار بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له
 حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي
 يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على انه لو ثبت ههنا ابتداء وبقاء سقط
 الاعتراض وانما الخصم يقول لابقاء للعقد فيها والصواب ان يقال الطريان انما هو على
 التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه **قوله** ويجوز استيجار الظربا جرة معلومة
 استيجار انظر باجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان ارضعن لكم فأتوهن اجورهن يعني
 بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله
 وافرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المانع وهي خدمتها للصبي والقيام به
 واللبن تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف رح وقيل
 هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح حيث قال في المبسوط
 والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه
 تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الندي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

به واستوضح هذه الجهة بقوله ولهذا الوارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر
وبين ما هو المختار عندة بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينقذ
على اطلاق الاعيان مقصودا كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها ووعد ببيان العذر عن الارضاع
بلبن الشاة وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف رح ما عرض عنه شمس الائمة
بعد رؤية الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مدارة قوله لانه
هو المتصور وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه
خاص يتعلق با مورو وسائل منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية
ان عقد الاجارة عقد على اطلاق المنافع مع الغناء عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح
ولا ثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد رح انه قال استحقاق لبن الائمة بعقد الاجارة
دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه
بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فحين ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة
وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد رح
ما يدل على شيء من ذلك **قوله** و اذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة
باحد الطرفين صحت اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد للخدمة مثلا فان قيل قد علم
من اول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فمائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب
والسنة اولاهم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز ان يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها اي اذا
ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة باحد الطرفين جازت باجرة معلومة كسائر الاجارات و بطعامها
وكسوتها ايضا استمسنا عند ابي حنيفة رح لان العادة التجارية بالتوسعة على الاطراف شقة على
الار لا ترفع الجهة بخلاف ما قاله من غيرهما من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة
فيها تنضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة
الى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وفسر قوله فان سمي الطعام دراهم بان

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الغاسدة *)

يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب
 النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه
 سدى الدرهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولو قدر
 في كلام المصنف روح لفظه بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا لآل التي ذلك وهذا اي
 جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه وكذا الوسمى الطعام وبين قدرة ولا يشترط
 تأجيله اي تأجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصافها اي اوصاف الطعام بتأويل الحنطة
 ائمان اي اوصاف ائمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينا والائمان لا يشترط تأجيلها
 بخلاف ما اذا كان مسلمانا لانه في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تأجيله بالسنة ويشترط
 بيان مكان الاقباء اذا كان له حمل وصوئة عند ابي حنيفة روح خلا فالهما وقد مر في البيوع
 والباقي ظاهر **قوله** وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها وطى المرأة حق الزوج
 فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة
 صيانته لحقه ولغز الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه طورة زوجته اولا
 وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت ابويه فله ان يمنعها من الخروج من منزله
 وان كانت ترضعه في بيته فله ان يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما ان
 للمستأجر ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضاء بالعقد لان المنزل حقه فان
 حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل
 يفسد الصبي فكان الخوف عذرا يفسخ به الاجارة كما لو مرضت **قوله** وعليها ان
 تصلح طعام الصبي لان العمل يعني العمل الراجع الى متعة الصبي على الطئ والباقي
 ظاهر وقوله وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا جرائها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
 فان هذا ايجار وليس بارضاع دليل ظاهر على ما قدمناه فانه انما لم يجب الاجرة لاختلاف العمل
 لانتفاء اللبن ولهذا اوجر الصبي بلبن الطئ في المدة لم يستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل بدل من قوله لهذا
المعنى وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها لانه فان قيل الظئر اجير خاص او مشترك اجيب
بانها اجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات
او سرق من حلي الصبي او ثيابه شيء لم تضمن الظئر لانها بمنزلة اجير الخاص فان العتدور على
منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها ان توجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص
امين في ما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه * وذكر في الدخيرة ما يدل على
انها يجوز ان يكون خاصا او مشتركا فانها لو اجرت نفسها القوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون
فارضعت كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه بخيانته منها ولها الاجر كما لا على الفريقين
وهذا يدل على انها احتملها فقلنا بانها تستحق الاجر منهما كما لا تشيها بالاجير المشترك وتأثم بما
فعلت نظرا الى الاجير الخاص قوله ومن دفع الى حائك غزلا ليسجه ومن دفع الى حائك
غزلا ليسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا ساء جرح مارا ليكمل طعاما بقتيز
منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يسأ جرتورا ليطحن له خنطة بقتيز من
دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به فساد كبير من الاجارات فان قيل اذا كان
عرف ديار على ذلك فهل يترك به القياس قيل لانه في معناه من كلوجه فكان
ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخص عن الدلالة
بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشائخ بلخ في الثياب لجريان
عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه قوله
والمعني فيه يعنى المعني الفقهي في عدم جواز ذلك هو ان المستأجرا جز عن تسليم
الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة
غيره واذا ثبت فساد العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منفعة

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

بعقد فاسد فكان له اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لان المستأجر ملك الاجر الاجرة في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة فصار حاملا طعاما مشتركا ومن استأجر رجلا ليحمل طعاما مشترك بينهما لا يجب الاجرة لانه ما من جزء بحملة الا وهو عامل فيه لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وقوله بالنصف الآخر تلويح الى مسئلة اخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر وقوله ولا يجاوز بالا جر قفيز متصل بقوله وكذا اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بنقير منه لانه ما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند محمد بن ح لان المسمى وهو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحطوا ما عند ابي يوسف رخ فلا يجاوز بالاجرة ونصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وجمع جميعا فهاشربكان على السواء **قوله** ومن استأجر رجلا ليخبر له هذه العشرة المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم اعلاه كيلا يزداد وينقص واطراف العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين فالיום منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبر له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدارهم فهو فاسد عند ابي حنيفة رخ وقالوا هو جائز ذكره في اجارات المسبوطا لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المقصود هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا مما لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

العقد * ولا يبي حنيفة رح ان المعتود عليه مجهول لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معتودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معتودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر والجهالة المنفضة الى النزاع تقسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير اجرة نظر الى الاول ويمتنع المستأجر نظر الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة * وطول بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قل ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة رح اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبره تفيز دقيق على ان يفرغ عنه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع * والفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر بالتأخير فيها صرّفه عن حقيقة التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه وحيث جعله شرط ادل على ان مراده التعجيل بؤيدة ما روي عن ابي حنيفة رح وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم صححت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكأنه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل المعتود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح ان يكون معتودا عليه ويلزم الجهالة **قله** ومن استأجر ارضا على ان يكرها يبين في هذا ان الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استأجر ارضا على ان يكرها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتأتى الا بالسقي والكراب فكان من

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

مقتضيات ذكره لا يوجب الفساد وان شرط ان يتيها او يكرى انهارها او يسرفها فهو فاسد لانه
ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء اثره بعد انتضاء المدة وماذا
حاله يوجب الفساد لان موجر الارض يصير مستأجر اصابغ الا جبر على وجه تبقى
بعد المدة فيصير صنفان في صنفه وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذاك ليس من مقتضيات العقد
لان المراد بالتثنية ان كان رد هاء مكروبة فلا شك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا ينوفى عليه
وان كان المراد بها ان يكرى بهما مرتين فيجب ان يكون هذا في موضع تخرج الارض الربع
بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الارض الا بالكراب
مرتين او كانت تخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلث سنين فانه لا يفسد العقد
لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره
بعد المدة واما كرمي الانهار فقال بعضهم المراد بها الجدول لبقاء منفعته في العام القابل
وفناء المصنف رح وقال بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل
دون الاول واذا استأجر ارضا ليزرعها بزرعة ارض اخرى لا يجوز اصلا وكذا اجارة السكنى
بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي رح هو جائز لان المنافع
بمثلة الا عيان ولهذا جازت الاجارة بددين اي باجرة هي دين على الموجر ولولم يكن
المنافع بمثلة الا عيان لكان ذلك دينا بددين ولما في ذلك طريقان احدهما ان الجنس
بانفرادة يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي فسيئة وقد تقدم بيان ان الحسن
بانفرادة يحرم النساء ومعنى القوهي في البيوع الى هذا اي الى هذا الطريق اشار
محمد رح وهو ما روي ان ابن سمانة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب
في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الحنائى فكانت منك زلة اما علمت
ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسأوالحنائى اسم محدث كان ينكر الخوض على
ابن سمانة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها * وفيه بحث من وجهين الاول ان النسا

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

ما يكون من اشتراط اجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك * والثاني ان النساء
انما يتصور في مبادلة موقوف في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان
كل واحد منهما ليس بموجود بل يحد ثان شيئا فشيئا واجيب عن الاول بايهما لما اقدم
عليه عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذاك ابلغ في وجوب التأخير من المشروط
فالحق به دلالة احتياط عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في السأ شبهة الحرمة فبالحقاق به
يكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب ان النابت بالدلالة كالنابت بالعبارة
فبالحقاق به تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بان الذي لم تصحبه الباء تقام فيه العين
مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لعقد انها فيه ولزم وجود احدهما حكما وعدم
الآخر وتحقيق النساء * ويجوز ان يسلك طريق آخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة
فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر او لا فان كان لزم السأ وهو باطل
وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمته غير حاصلة لجواز ان يعتبر ا موجودين
لان بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة
عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هوله من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس
المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكاليم
بالكاليم واجيب بانه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه
مصلحة لقيام العين مقام المنفعة فيما لم تصحبه الباء ثم اذا استوفى احدهما لم يافع وجب عليه
اجرا لمثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة يحكم عقد فاسد فعليه اجرا لمثل وروى بشر
عن ابي يوسف رح انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت **قوله** واذا كان
الطعام بين رجلين واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه
عليه ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله ولا اجر له يعني لا المسمى ولا اجر المثل وقال
الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عند بيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

دار مشتركة بينه وبين غيره يوضع فيه الطعام يعنى الطعام المشترك او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولئلا يفسد لغيره لعل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجرا فيجب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعتقود عليه والاستيجار لعل لا وجود له لا يجوز لعدم المعتقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعتقود عليه لا يجب الاجر اصلا * وفرق بين هذا و اجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عندة وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم المعتقود عليه متعذر على الوجه الذي اوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما ههنا فانه متعذر اصلا فلا يجب عليه قوله بخلاف البيع جواب عن قياس الشائع رح على البيع وذاك لان البيع تصرف حكمي اي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع احدا لثريكين نصيبه وقوله ولانه مامن جزء دليل آخر على المطلوب ووجهه ان حامل الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريكه فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا فيه لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل ان يقول لا يخلو من انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل و موافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس للحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استيجار الدار المشتركة ووجهه ان المعتقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلم البيت ولم يوضع فيه الطعام اصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعتقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر وقوله وبخلاف العبد جواب

(كتاب الاجارات * باب الاجارة الفاسدة *)

جواب عن قياسه على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستأجر للعبد المشترك يملك
منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل
فانه فعل حسي فكان الضابطة ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين
المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك بحجب كالدراة المشتركة والسفينة المشتركة لحمل
الطعام المشترك ومن استأجر ارضا ولم يبين انها للزراعة او غيرها او بين انها للزراعة
ولم يبين ماذا يزرع فيها فلا جارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستأجر للزراعة
تستأجر لغيرها كالبناء والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض اكثر من
غيره كالذرة والارز فان ضررها بها اكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه
تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا والقياس ان لا يكون له
ذلك وهو قول زفرح لانه انعقد فاسدا فلا يتقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد
ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد
للاستقبال فاذا شاهد المزرع في بعض المدة وعرف انه ضار وليس بضار فقد ارتفع الجهالة
المفضية الي النزاع من ذلك الوقت وارتفعها من ذلك الوقت كارتفعها من خالة العقد
لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه ولوارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا
استأجر الى الدياس مثلثم اسقط الاجل قبل ان يأخذ الناس فيه * وكما اذا باع بشرط الخيار
الى اربعة ايام ثم اسقط الرابع قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفرح
لم يقل بذلك ايضا لكن لما ثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق المبادي لا يقال ذكر
هذه المسئلة تكرار لانه ذكر في اول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة
ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع
الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله المسمى
ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس

(كتاب الاجارات * باب ضمان الاجير *)

فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة فالعين المستأجرة
امانة في يد المستأجر لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز اذ لا حكم للفاسد بنفسه لان مباشرة
ما مور بنتضه فلا بدوان يؤخذ من الصحيح حكمه فان بلغ الى بغداد فله الاجر المسمى
استحسانا كما مر في المسئلة الاولى وهي قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل
تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة
المضنية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى وان اختصما قبل ان يحمل عليه
وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة رفعا للفساد لانه قائم بعد الله اعلم *

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان قوله الاجراء
على ضربين الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال عن وجه
تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق
الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم
الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب
بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل
فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد
والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار
جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه بنا في ذلك لان التعليل
على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظروا الحق ان يقال انه
من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل كان له ان يعمل للعامة
لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى
يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى

(كتاب الاجارات * باب ضمان الاجير *)

بسمي مشتركوا المتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة ر ح وهو قول
زفر ر ح ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحرقيق الغالب والعدو والمكابر لهما ما روي عن
عمر و علي رضي الله عنهما انهما كانا بضمان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق
عليه اذ لا يمكنه العمل الابيه ولا حفظ اذ اهلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب
والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كما لو دعيته اذا كانت
بالاجرة فانهما يقولان انا نصور المسئلة في حافط الامتعة باجر فهلكت الامتعة فانه يضمن وان كان العين
عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفة والحرقيق الغالب
وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولا ابي حنيفة ر ح ان العين في يده امانة لان القبض حصل
بأذنه ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده
مضمونا لضمنه كما في المنصوب فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه
مستحق وقد فات بما يمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب والحفظ
مستحق عليه تبعا لا مقصودا وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ
ليس بمقصود اصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر و اذا كان تبعا ثبت
ضرورة اقامة العمل فلم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق
عليه مقصودا حتى يقابله الاجر **قوله** وماتلف بعمله كتخريق الثوب من دقة وماتلف بعمل
الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقة وزلق الحمل وانقطاع الحمل الذي يشد به المكاري
الحمل وغرق السفينة بفتح الرء من مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلاية
والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعييب عملا بالاطلاق وصار كالاجير الواحد ومعين القصار
ولنا ان الداخل تحت الاذن اى الامر ما هو الداخل تحت العقد لان الامر ما العقد
اولا من لوازمه والدخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل

(كتاب الاجارات * باب ضمان الاجير *)

في المعين من فعله الذي هو المقنود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد ما موراه بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تعقيد عمله بالمصلحة لانه يمنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالا جرفا يمكن تعقيد والمليتم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من يتبرع له ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم وبخلاف اجير الواحد على ما ذكره قوله وانقطاع الخبل جواب عما عسى ان يقال انقطاع الخبل ليس من صنع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلى بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنعه الا انه لا يضمن به اي بفعله بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تحمل ضمان العقود ومن استأجر من يحمل له دنائس الثرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حملة ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه وانما وضع المسئلة في الثرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالندق فان السقوط بالعتار او بانقطاع الخبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنعه ولم تدخل تحت العقد واما الخيار مع ان القياس يقتضي ان لا يخير عند اي حيفة رح بل بضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب ان لا يضمنه قيمته في المكان الذي حملة منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدى عند الكسر فيختار اي الوجهين شاء فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى

(كتاب الاجارات * باب ضمان الاجير *)

ما استوفى اصلا **قوله** واذا افسد الفصاد او بزغ البزاع ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه في ما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير يطار بزغ الى اخره وانما اعد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري وكل واحد منهما اشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد وتفيدانه ان تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة با مر المولى والهلاك وتفيد انها اذا لم تكن بامرة ضمن * ووجه ذلك ان الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه اي السراية تبتني على قوة الطبايع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلحة من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك في الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل ان يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منهما قدر الضمان على تقدير الحيوة والموت اجيب بان ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما زاد اثر جانيته انتقص ضمانه اجيب بان محمد ارح قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببديل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما مؤذون فيه وهو قطع الجلد والآخر غير مؤذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف في البديل يعتمد التساوي في السبب وقد انتهى لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف من قطع الجلد لا مجاله فكان كقطع اليد مع جزا الرقبة اجيب بان كل واحد يجهل ان يقع اتلافا وان لا يقع والتفاوت غير مضبوط

(كتاب الاجارات * باب ضمان الاجير *)

فكان مدار اختلاف الجزفانه لا يحتمل ان لا يقع انلافا **قوله** والاجير الخاص الاجير الخاص
هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهر الخدمة
شخص او لرمي غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله
ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر **قوله** ولهذا اي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة
له يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي
عن محمد ر ح في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط
لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجر عليه اجر
بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل * وان كان الخياط هو الذي
فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن
بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان فتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كأن الخياط لم يعمل
اصلا ولو كان اجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه او غاب
او غصب ولا ما تلف في عمله بان انكسر القدوم في عمله او تخرق الثوب من دقه اذ لم يتعمد الفساد
وان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدي اما الاول وهو ما اذا تلف في يده فلان العين امانة
في يده لحصول القبض باذنه وهو ظاهر عند ابي حنيفة ر ح وكذا عند همالان تضمين
الاجير المشترك نوع استحسان عند هبما صيانة لاموال الناس فانه يقبل اعيانا كثيرة رغبة
في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا
ياخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير الواحد لا يقبل العمل بل يسلم نفسه فتكون السلامة
غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متني
ضارت مملوكة للمستأجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا
امر بالتصرف في ملكه صح ويصير الامور اى الاجير نا ثبانا به فصار فعله منقول لا اليه
كانه فعله بنفسه فلهذا الا يضمنه *

(كتاب الاجارات * باب الاجارة على احد الشرطين *)

باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين **قوله** واذا قال للخياط اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلک درهم وان خطته روميا فلک درهمان جاز بالاتفاق واي العاملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذا اذا كان التريدين الصبيين او الدارين او الدابتين او المسافتين وكذا اذا كان بين ثلاثة اشياء اما اذا كان بين اربعة اشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الابائبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فدرهم وان خطته غدا فنصف درهم قال ابو حنيفة رح الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان ففي ايهما خاطه استحق المسمى فيه وقال زفر رح الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البذل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا ان ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق اي الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد فاذا

(كتاب الاجارات * باب الاجارة على احد الشرطين *)

اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بديلين على البديل فصار كأنه قال خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب ان البهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهما ان ذكرا ليوم للتأقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطه اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت و ذكر الغد للتعليق اي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فنكون مرادة لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان **قوله** ولان التعجيل والتأخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه ان العقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مرادة التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجميل والبيع بزيادة فائدة فيغوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية ولا يبي حنفية راح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة اي للاضافة ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو يحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق اي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير واذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقة التي هي التأقيت لان فيه فساد العقد لا اجتماع الوقت والعمل فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجبر وحدثا متافيان لتا في لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتا في اللوازم يدل على تا في الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وحينئذ يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح

(كتاب الاجارات * باب الاجارة على احد الشرطين *)

يصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجرا مثل ولتأكل ان يقول في جعل
اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيف فساد الاولى وصحة
الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية
يلزم في ضمن صحة الاولى والضمينات غير معتبرة واستشكل على قول ابي حنيفة رح
بمسئلة المخاتيم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتأقبت وافسد العقد وههنا للتعجيل وصحة
واجب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتأقبت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع من ذلك مانع كما
نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل
على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز
فكان التأقبت مراد او فسد العقد ورد بان دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير
التعجيل فيكون مراد انظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز
النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف مانحن فيه فان نقصان الاجر
دليل زائد على الجواز بظاهر الحال وما ذكرنا علم ان قياس زفر رح حالة الاجتماع بحالة
الانفراد فاسد لوجود الفارق * واذا وجب اجرا مثل فقد اختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح
اذا خاطه في اليوم الثاني روي عنه ان له في اليوم الثاني اجرا مثله لا يجاوز به نصف درهم
لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري هي الصحيحة وفي الجامع الصغير لايزاد
على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر
لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به
نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرخص بالتأخير الى الغد فالزيادة
الى ما بعد الغد الاولى واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولايزاد عليه
قوله ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان
عطارا فبدرهم وان اسكنته حداد فبدرهمين ولو استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه فبدرهم

(كتاب الاجارات * باب اجارة العبد *)

وان اسكنت حدادا فبدرهمين ولو استأجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها
كرشعير فبنصف درهم وان حمل عليها كرحطة فبدرهم فذلك جائز عند ابي حنيفة رح
خلا فاليهما وان استأجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو
جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا
فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابي حنيفة رح خاصة
كما في نظائرها وجه قولهما ان المعتقد عليه احد الشيعين وكذلك الا حرا احد الشيعين وهو
مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة
الرومية والغارسية فيها جهالة المعتقد عليه وكانت صحيحة اجاب بقوله بخلاف الخياطة
الرومية والغارسية لان الاجر ثمة يجب بالعمل وعندة ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل
فالا جر يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في الدابة فتبقى الجهالة وهذا الحرف
اي قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولا يبي حنيفة رح
انه خيرة بين عقد بن صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والغارسية وهذا اي
كونهما مختلفين لان سكاة بتفسد يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه اي اسكان الحداد
لا يدخل في مطلق العقد وكذا في اخواتها **قوله** والاجارة جواب عن قوله يجب الاجر
بالتخلية الى آخره وتقريه ان الاجارة تعقد للانتفاع وعندة ترتفع الجهالة اما ترك الانتفاع
مع التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية بان يسلم ولم ينتفع
به حتى تعلم المنفعة يجب ان لا جرين لليقن به *

باب اجارة العبد

تاخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بالخطا طدرجته
ومن استأجر عبد ليقدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر تشمل على

(كتاب الاجارات * باب اجارة العبد *)

على زيادة مشقة لا محالة فلا ينظمها الاطلاق واعترض بان المستأجر في ملك منافع كالمولى
والمولى ان يسافر بعدة فكذلك المستأجر واجب بان المولى انما يسافر بعدة لانه يملك رقبته
والمستأجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا فصالحه المدعى عليه على خدمة
عبد سنة فان للمدعى ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجب بان مؤنة
الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث
انه يقرر حقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد يلزم الموجه مالم يلتزمه من مؤنة الرد
وربما تربو على الاجرة وامافي الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاخراج
الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انتطاع لان المعلن احتاج ان يضم
الى علقته وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو ان يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب
ان يقال لانسلم ان المستأجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق
زمانا ومكانا ونوعا وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان
فيجوز ان يتقيد بمالم يتقيد به المولى والعرف يوجب اودفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا يوجب
ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استأجر غلاما لخدمته في المصر ثم اراد المستأجر السفر
فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر
تضرر فكان عذرا يفسخ به الاجارة **قوله** فلا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينظمها الاطلاق
ولان التفاوت بين الخدم متبين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت
الخدمة في الحضر عرفا لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب فانه اذا استأجر دابة لركوب
بنفسه ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا ومن استأجر
عبدا مسجورا عليه شهرا فعلم فاعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترد منه الاجر استحسانا
وفي القياس له ذلك لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر
فيتصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه

(كتاب الاجارات * باب اجارة العبد *)

يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان وجه
الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ لما صار على اعتبار الهلاك بالاستعمال
والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له ان يسترده منه قوله ومن غصب
عبدًا فآجر العبد نفسه ومن غصب عبدًا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن
عند ابي حنيفة رح وقالاهو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة صححت على
ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور مأذون في النافع ولا يبي حنيفة رح
ان الضمان انما يجب بالتلاف مال محرزان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز
في حق الغاصب ان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون
بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان
قبل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه
جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة وان
وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم
جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر من قوله والنافع مأذون
فيه كقبول الهبة واذا كان مأذونا وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدة تظهر
في خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه * ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد
المغضوب نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان
آجره المولى فليس العبدان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استأجر عبدًا
هذين الشهرين شهرًا باربعة وشهرًا انخمسة فهو جائزوا لشهر الاول باربعة لانه المذكور
اولا والمذكور اولًا ينصرف الى ما يلي العقد تحريًا للجواز وذلك لانه لما قال شهرًا
باربعة على سبيل التكثير كان مجهولًا ولا اجارة تقسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريًا
للجواز كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهرًا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد

(كتاب الاجارات * باب الاختلاف في الاجارة *)

العقد او نظرا الى تنجيز الحاجة فان الانسان انما يستأجر الشيء لحاجة تدعو الى ذلك
والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف
الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكر مجهولا والمذكور
في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد
لما كان في كلام الموجر من المنكر فكأن الموجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة
وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة **قوله**
ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم الى آخره ظاهر خلا قوله فيترجم بحكم الحال فانه استشكل
بان الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لوجاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للموجر
ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المصنف اشار الى دفعه بقوله
وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه وبما انه ان الموجب للاستحقاق وهو العقد مع تسليم
العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا
لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة *

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع
لان الاختلاف انما يكون بعرض **قوله** واذا اختلف الخياط ورب الثوب ان اختلف
المتعاقدان في الاجارة في نوع المعتقد عليه كالقباء والقيص في الخياطة او الحمرة والصفرة
فالقول قول من يستعاد منه الامر وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو انكر اصل الاذن
كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن بعد اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه فان حلف فهو
بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل
باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه فمصابدرهم فخطه قباء

(كتاب الاجارات * باب فسخ الاجارة *)

واعترض بان هناك اتفاق المتعاقدان على المأمورية والاجير خالف وههنا قد اختلفنا في ذلك فكيف يكون هذه مثل تلك واجيب بانها مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم ثانيا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الاجير اعتبار فكاننا في الحكم في الانتهاء سواء ذكر في بعض نسخ القدوري يضمه اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سناء عن محمد بن ح وجه الظاهر وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرص والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتر بالصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد بن ح ان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفنا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصباغ باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة رح لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعتد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل حريثا له اي خليطاله وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر يعين جهة الطلب باجر جريا على معنادهما وقال محمد بن ح ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رح لانه منكر وما ذكره من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والساجدة هنالا استحقاق لا للدفع *

باب فسخ الاجارة

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ النسخ يعقب العقد لا محالة قوله ومن استأجر دارا فنسخ الاجارة بعبوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا

(كتاب الاجارات * باب فسخ الاجارة *)

عندنا خلا فاللشافعي رح فاذا استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا
اذا استأجر عبد للخدمة فذهبت كلتا عينيه * واما اذا كان عيبا لا يضر كحائض ستطلم يكن
محتاجا اليه في السكنى او ذهبت احدى عيني العبد فلا تنسخ له **قوله** لان المعقود عليه
دليل على ذلك وجهه ان المعقود هو المانع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك
فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما
في البيع وعلى هذا الفرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر او قبله لان الذي
حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المانع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة
فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المبيع
ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا ازال المور ما به العيب فلا خيار للمستأجر لزال سببه
قوله واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة وانقطع الماء عن الرحي انسخت الاجارة وهذا
قول بعض اصحابنا رحمهم الله وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت
الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غائبا * فيه اشارة الى ان عقد الاجارة
ينسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو
لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله لان المعقود عليه
قد فاته وهي المانع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد
المستأجر ومن اصحابنا رحمهم الله من قال ان العقد لا ينسخ وصحح النقل بما روى هشام
عن محمد رح فيمن استأجر دارا فانهدم فبناه المور ليس للمستأجر ان يمنع ولا للمور وهذا
تنصيص منه على انه لم ينسخ لكنه يفسخ واستدل على ذلك بان المانع فاته على وجه يتصور
عودها فاشبهه باق العبد المبيع **قوله** ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به بغير الطحن فعليه
من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه اورده استشهاده على انه لا ينسخ بانقطاع الماء واذامات
احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انسخت لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة به والاجرة

{ كتاب الاجارات * باب فسخ الاجارة * }

المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال ماله يملك المورث الى الوارث واما اذا عقد ما لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم يفسخ لانعدام ما اشترط اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه في الابتداء كان وانما لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستأجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات احد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم يفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المغازة ولا يكون ثمه فاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشائخنا رحمهم الله ان وجد ثمه دابة اخرى يحمل عليها مئنته ينتقض الاجارة وكذا الوفاة في موضع فيه فاض ينتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابتداء الاجارة مع وجود ما ينافي في البقاء وهو موت المورث واذا ثبت الضرورة كان عدم الانقاسخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتظهير الحياض والاواني ونقض بما اذا مات الموكل فانه يفسخ الاجارة ولم ينعقد لنفسه وليس بلام فاننا قد قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله **قوله** ويصح شرط الخيار في الاجارة اذا استأجر دارا سنة على انه او المورث بالخيار فيها ثلثة ايام فهو جائز عندنا في احد قولي الشافعي رح لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكن رد المعقود عليه بكما له اعوات بعضه وان كان للمورث فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع

(كتاب الاجارات * باب فسخ الاجارة *)

يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المانع جعلت في الاجارة كالا عيان القائمة وفوات
 بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس
 وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج
 الى التروي له لا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم
 فكذا بخيار الشرط قوله عقد معاملة احتراز عن الكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس
 احتراز عن الصرف والسلم فان الخيار فيهما لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله
 وفوات بعض المعقود عليه * وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان
 رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونه لان التكليف انما يكون بحسب
 الواسع ولهذا اي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة يجبر المستأجر على القبض
 اذا سلم الموجد بعد مضي بعض المدة لان التسليم بكامله غير ممكن وهذا عندنا خلافا
 للشافعي رح قال في المبسوط اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد
 طلب التسليم ولم يطلب ثم تحاكما ليس للمستأجر ان يمنع من القبض في بقية السنة عندنا
 ولا للموجد ان يمنعه عن ذلك * وقال الشافعي رح للمستأجر ان يفسخ العقد فيما بقي بناء
 على الاصل الذي بينا ان المانع عنده في حكم الا عيان القائمة فاذا فات بعض ما تناولته العقد
 قبل القبض يخير فيما بقي لا لتحل الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ
 قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة * وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر
 بيان فرع آخر لئلا استشهدا حيث لم يكن الخصم فائلا به **قوله** وتفسخ الاجارة بالا عذار
 عندنا تفسخ الاجارة بالا عذار عندنا وعند الشافعي رح لا تفسخ الا بالعيب بناء على ما مر
 مرارا ان المانع عنده بمنزلة الا عيان حتى يجوز العقد عليها كانت كالبيع والبيع لا يفسخ
 بالعدر فكذا الاجارة ولنا ان المانع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة
 كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به كالبيع اذا المعنى المجوز للفسخ بجمع الاجارة والبيع

(كتاب الاجارات * باب فسخ الاجارة *)

جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا يستعمل ضرر زائد
لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا والشافعي رح محبوج بما اذا استأجر رجلا لينقطع
فرضه لوجع ثم زال الوجع او استأجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس او استأجر
رجلا لينقطع بده لأكلة وقعت بهائم برأت فانه لا يجبر المستأجر على نزع الضرر وانقاذ
الوليمة ونزع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا
الباقى * ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم وقال ثم قوله اي قول القدروري
في المختصر فسخ التراضي اشارة الى الافتقار اليه في القبض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين
وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا من عذر فان الاجارة فيد تستص وهذا يدل على انه لا احتياج
فيه الى قضاء التراضي وذكر وجهه في الكتاب وذكر في وجه الاول الفصل مجتهد فيه فلا بد من الزام
التراضي وفيه ما مر غير مرئى صحيح شمس الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات وصح قاضي خان
والمحبر بي قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا الاحتياج الى القضاء لظهور
الذراي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهرا كالدبن يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لان
يظهر العذر قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بداله من السفر اي ظهر له فيه رأي منعه
من ذلك ظاهر خلا موضح بينها قوله ومن أجز عبده ثم باعه فليس بعذر هو انطاصل
الجامع الصغير لكن هل لدان بيع بعد ما أجزا خلت الفاظ الروايات وقال شمس الائمة
الصحيح من الروايات ان البيع موقوف على سقوط حق المصنأ جروايس للمصنأ جران يفسخ
البيع واليد مال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يخطب باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض
فلا يتحقق فيه الايلاس قيل وقد يتحقق افلاسه بان يظهر خيانتة عند الناس فيمتنعون
عن تسليم الثياب اليه او تلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يأتون على امتعتهم
قوله ومن استأجر دابة ليعمل في المصير ثم سافر فهو عذر قيل فان الموجه لا يريد السفر
لنفسه بل يفسخ الاجارة واصر المستأجر على دعوى السفر فالتراضي بسأله عن يسافر معذرا فان

(كتاب الاجازات * مسائل منشورة *)

فان قال فلان وفلان فالتاضي يسألهم ان فلانا هل يخرج معكم اولافان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا * وقيل بنظر القاضي الى زبده وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا * وقيل اذا انكر الموجه السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك عذمت على السفر واليه مال الكرخي والتدوري *

مسائل منشورة

معنى المسائل المنشورة قد تقدم وحصد الزرع اي جزه والحصان د جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الريح هادئة قال في الهئية: لنون من هدى اي سكن * وفي نسخة هادئة من هدا بالهمزاي سكن * وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمضطربة اختيار شمس الأئمة السرخسي قوله واداند الخياط يعني اذا كان للخياط او العباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقاً ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلاً ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جازاً استحساناً * وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل اجيرة بالنصف وهو مجهول * وان تقبل العمل العامل كان مستأجراً لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول * والطحاوي مال الى وجه القياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان * وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليها واحدهما يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل لحذاته وقد متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال النبي عليه السلام والصلوة مارة المسلمون حسابه وعند الله حسن - ان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا

(كتاب المكاتب *)

الاعمال وهما ليس كذلك بل هما مشترك في الحاصل من الاجر اجب بان الشركة في الخارج تقضي اثبات الشركة في الثقل فيثبت فيه اقتضاء ادليس في كلاهما الا تخصيص احدهما بالثقل والآخر بالعمل ذكر او تخصيص الشيء بالذكر لا يبدل على نفي ما عداه فامكنا اثبات الشركة في الثقل اقتضاء فكأنهما اشتركا في الثقل صريحا ولو صرحا بشركة الثقل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هذا هو المذهب في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكره المصنف رح فانه قال لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا ابوجهته بقبل وهذا بعدا فانه يعمل انسب لشركة الثقل الله اعلم واذا كانت شركة لا اجارة لم تضرة الجهالة فيما يحصل كما في الشركة وقوله ومن استأجر حملا لحمل عليه محملا ظاهر والوطأ الفراش والذئب جميع دثار وهو ما يلحق عليك من كساء او غيره قوله ورد الزاد معناد جواب عما يقال مطلق العتد يصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معناد عند البعض كد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهوانهما اطلقا العتد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يقيدا بعدم رد قدر ما انتص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما انتص عملا بالاطلاق وعدم المانع *

كتاب المكاتب

قال في النهاية اورد عند الكتابة بعد عقد الاجارة مناسبة ان كل واحد منهما معقد يستقده المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصاله * وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعني ان قوله بمقابلته ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض * وقوله بطريق الاصاله خرج به الكاح والطلاق والعناق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصاله * وذكر

(كتاب المكاتب *)

وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره
 الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من
 احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة
 ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة
 الذاتيات اولى من العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشرائط
 فكان انسب بالتقديم * والكتابة عقد بين المولى وعبد بلفظ الكتابة او ما يؤدى معناه
 من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب
 وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق
 على مال فانه وان كان عقدا لا حاجة الى الايجاب والقبول لكه خرج بقوله بلفظ
 الكتابة او ما يؤدى معناه والفرق بينهما من حيث المعنى ان المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون
 المعتق على مال وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدر بشرطها قيام الرق في المحل
 وكون المسمى مالا معلوما قدرة وجنسه وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر في الحال
 وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه * وثبوت الحرية اذا ادى بدل
 الكتابة * وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك
 في البدل اذا قبضه والفاظها الدالة على ذلك قوله لعبد كاتبتك على مائة دينار اذا
 قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال له جعلت عليك الفاتوديهما الي نجوم اول نجم كذا واخرة
 كذا فاذا اادبته فانت حروان عجزت فانت رقيق كان كتابة قوله واذا كاتبت المولى
 عبدا او امته اذا كاتبت المولى عبدا او امته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ
 الدالة على ذاك وقبل العبد ذلك صار مكاتباً ما جاوز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى
 فكانت بهم ان علمتم فيهم خيرا ودلائله على مشروعية العقد لا يخفى على عارف بلسان
 العرب سواء كان الامر الوجوب او لغيره * ولما كان مقصود المصنف رح بيان حكم آخر

(كتاب المكاتب *)

خلاف المشروعية وهو ان الكتابة عقد واجب ان يعمل او مندوب او مباح تعرض لذلك بقوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء و اشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكتبه لان الامر للوجوب وقال وانما هو امر ندب هو الصحيح احتراز عما قال بعض مشائخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا * وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال ففى الحمل على الاباحة الغاء الشرط ببيان الكونه للندب وتقديره ان فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك وفى الحمل على الندب اعمال له لان النديّة معلقة به وذلك لان المراد بالخبر المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فلا فضل ان لا يكتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب واما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الاباء كل البذل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله عليه الصلوة والسلام ايما عبد كتب على مائة دينار فاذا اداها الا عشرة دنائير فهو عبد وقال عليه الصلوة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اى في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنه يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعنى بنفس العتق لان الصحيفة عند ذلك يكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرناه والمختار يعتق اذا ادى جميع بذل الكتابة وان لم يقل المولى اذا ادينها فانت حرو قال الشافعي لا يعتق ما لم يقتل كاتبك على كذا على انك ان ادينه اليّ فانت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلونص على ذلك وقال ضربت عليك الناعلى ان تؤديها اليّ في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا * ولما ان موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية اليد الحاصل فى الحال الى حرية الرقبة عند

(كتاب المكاتب *)

عند اداء البذل فيثبت وان لم يصرح به كما في البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح لكونه
موجبه ولا يجب حظ شيء من البذل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي ربح يستحق عليه حظ
ربع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وأتوهم من مال الله الذي آتاكم
فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله
وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن الله امرنا ان نعطي المكاتبين
من صدقاتنا يستعينوا به على اداء الكتابة والمأ موره الايتاء وهو الا عطاء والحظ لا يسمى
اعطاء والمال الذي اتانا الله تعالى هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله
على حظر بيع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولوسلم فالمراد به التدب كالذي في قوله فكا تبوهم
لا يقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لانهم نجعل القران موجبا بل نقول
الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكا تبوهم قرينة لذلك **قوله** ويجوز ان
يشترط المال حال ابدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا
وقال الشافعي ربح لا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان لخروجه
من يد مولاة مثلها ولم يكن قبل العقد اهلا لملك المال والعاجز عن التسليم لا بدله من اجل
يقدر به على البذل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو قدر عليه لما رضي بابنخس
البدلين فلا بدله من اجل اجاب بقوله بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك قبل العقد
لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولقائل ان يقول
احتمال القدرة في حق المكاتب اثبت لان المسلمين مأ مورو باعنته والطرق متسعة استدانة
واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام
على العقد عليها فيثبت ولما قوله تعالى فكا تبوهم من غير شرط التجسيم لانه عقد معاوضة وهو يعتمد
المعتود عليه والمعتود به ووجودا لمعتود عليه لا بد منه لانه عليه الصلوة والسلام نهي عن بيع ما ليس
عند الإنسان ووجود المعتود به ليس كذلك لاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن

(كتاب المكاتب *)

وبدل الكتابة معتود به، لا صحالة فاشبه الثمن في البيع والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معتود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من اصلا وكذا ان كرناد في التبرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد كرم اذا العبد وما يملكه كان لمولاه فالظاهر من مولاه ان بهمله فان لم يمهله وطالبة بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضي او بقضاء القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة فليس الامهال فيه ظاهرا فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول اذا العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه ولا حجب بالنسبة الى النافع وخالفنا الشافعي رح فيه وهو ابي هذا الخلاف منه بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة فانه لا يجوز له لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من اهل التصرف اذا عاقل العقد ونقصان رايه ينجز برأى الولي والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادعى عنه غيره لا يعتق ويسترد مادفع **قوله** ومن قال لعبد جعلت عليك العاتود بها الي نجوم اول نجم كذا و آخره كذا فاذا اديتها فانت حر لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على ان تؤديها الي نجوم ما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأذي عبده الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر وما قوله وان عجزت فانت رقيق ليس بلازم وانما ذكره لبحث العبد على اداء المال عند النجوم والمكاتب بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت الي العاقل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية في رواية ابي سليمان هو مكاتب لان التجيم بدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا في الكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخ ابي حفص رح قيل اني في رواية لا يكون مكاتبه قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت الي الثاني هذا الشهر فانت

(كتاب المكاتب *)

فانت حر فانه لا يكون كتابة والتجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرها الله
يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون
تفسيرها فلا يكون كتابة **قوله** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج
من ملكه واذا صحت الكتابة لخالوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب عن
يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم
فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي يحصل عند الاداء فان قبل
ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف
يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا الوجوب عليه
المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتب لزمه العقر فيتحقق الضم او لتحقيق مقصود
الكتابة وهو اداء البذل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر طويلا كان او غيره
نهاه المولى عنه او الا لان مقصود المولى وهو اداء البذل قد لا يتحقق الا بالسفر واما عدم
الخروج من ملكه فلما روينا من قوله عليه السلام المكاتب عبدنا بقي عليه درهم ولانه
عقد معاوضة كما مر ومبناه على المساواة وينعدم ذلك اى المساواة باعتبار التساوي
ان تجز العتق ويتحقق ان تأخر لانه ثبت بها للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد ونبت
له في ذمته حق من وجه وهو اصل البذل وانما كان حق من وجه لضيعفه فانه ثابت في الذمة
مع المسا في اذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولهذا لا يصح به الكفالة فلو ثبت العتق
بنا جزا كما قال به ابن عباس رضي الله عنه على ما مر فانت المساواة لا يقال المساواة
فائدة على ذلك التقدير ايضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه
من وجه فابن المساواة لان نوع مالكيته ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان نجز المولى
عتقه عتق بعته لا بالكتابة المتقدمة لانه مالک لرقبته فيجوز له اتلاف ملكه وسقط عنه بدل
الكتابة لحصول ما يقابله سبحانه واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصها باجزائها

(كتاب المكاتب * فصل في الكتابة الفاسدة *)

توسلا الى المتضود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه اي على الوصول الى البدل من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان قابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ والزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطئ كاخذ المتعة لتقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بايلاج واحد وان جنس عليها او على ولد هالزمته الجناية وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانها صارت اخص باجزائها *

فصل

في الكتابة الفاسدة وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على احد قوله واذا كاتب المسلم عبده جمع ههنا مورايفسد عقد الكتابة عليها ذكر بعضها اصالة وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد نفسه او على ثوب اردابة او على مينة اودم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانها ليسا بمال منقوم في حقه فهو لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والداية * واما الدم والمينة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل اولى على ما نذكره واذا عرفت ذلك فان ادعى الخمر والخنزير عتق سواء قال له ان ادبت الي فانت حر او لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رح لا يعتق الا بآداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الابداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف رح انه يعتق بآداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق بآداء القيمة ايضا اي بآداء قيمة نفسه لانه هو البدل معنى قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف رح

(كتاب المكاتب * فصل في الكتابة التاسعة *)

رح وان لا يدكر بكلمة من قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واماً
اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية
عن ابي يوسف رح وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان ادبته فانت
حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعاقبه العتق وصار كما اذا كانت الكتابة على
مينة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينهما الا اذا قال ان ادبت الي فانت حر * وجه ظاهر الرواية وهو الفرق
بين الخمر والمينة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العتد فيهما وموجب
العتق عند اداء البذل المشروط بخلاف المينة فانها ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار
معنى العتد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه
ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد فيه وقد تعدد الرد بالعتق فيجب رد قيمته
كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وتجب القيمة بالغة ما بلغت لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا اي وجوب القيمة بالغة
ما بلغت لان المولى مارضى بالتقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه
في مقابلة بدل فلا يرضى بالتقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت
له شيء والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق
اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية * ولعل
النصoyer على هذا الوجه يسقط ما قبل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر
فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضاء بالزيادة لان اعتبار الزيادة والتقصان
على ما ذكرنا انما هو عند اداء العقد لا في بقاءه وفي ما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته
لانه هو البذل وامكن اعتبار معنى عتد الكتابة في القيمة لاستحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر ان
القيمة بماذا يعرف قيل يعرف باحد الامرين اما ان يتصادق على ان ما ادعى قيمته فيثبت
كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق في ما بينهما لا يعدو هما فصار كضمان الغصب

(كتاب المكاتب * فصل في الكتابة الفاسدة *)

والبيع الفاسد وأما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق مالم يود اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يفيد البطلان ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله واثرا للجهالة في الفساد اي لافي البطلان كما في البيع فانها تفسده ولا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب كما يعتق باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذرا لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مرادة بتقويم المقومين فان قلت فان ادعى القيمة في ما اذا كاتبه على ثوب يعتق او لا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علماءنا الثلاثة ان المسمى متى كان مجهول القدر او الجنس فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة **قوله** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيرة لم يجز اذا كاتب عبده على شيء هو لغيرة فاما ان يتعين بالتعيين كالعرس والعبد او لا كالنقود فان تعين فاما ان يجيزة او لا فان لم يجزة فاما ان يملكه المكاتب بسبب واداه الى المولى او لا فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيرة جاز لانها لا تعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذممة وان تعين به ولم يجزة ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيرة فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوض مالم يس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات

(كتاب المكاتب * فصل في الكتابة الفاسدة *)

في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل
النسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبطلان الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك
مبنياً جواز الكتابة الحالة والثمن معقود بدلا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب
ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فبصير عقد الكتابة
بمنزلة المقايضة فيصير للبطلان حكم المبيع فيشترط القدرة عليه **قوله** بخلاف الصداق
في النكاح جواب عن قوله فاشبهه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح
وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى
ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل ومخلصه معلوم
وان اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رح انه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة
بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة
* وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من
العبد فيصير العين من اكسابه وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اعتبار ابحال عدم
الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير اشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه
على شيء بعينه لغيره والجامع بين ما اجاز المالك وبين ما لم يجزه ان عقد الكتابة فيما
نحن فيه لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه اي ملك المكاسب
وفي بعض النسخ لانها اي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف يثبت للحاجة الى الاداء
منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البطلان عينا معينة لغيره والمسئلة فيه اي
فرض المسئلة في ذلك على ما بينا ان مرادة شيء يتعين بالتعيين وعن ابي يوسف رح انه
يجوز اجاز ذلك اولم يجز غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجزه وجب تسليم
قيمه كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك
المكاتب ذاك العين بسبب واداه فعن ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف رح عنه وروي

(كتاب المكاتب * فصل في الكتابة الفاسدة *)

عن ابي يوسف رح ايضا انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم يعتق العقد وهو ظاهرا الرواية الا
اذا قال له اذا ادبت الي فانت حر فحيث يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف رح انه يعتق
قال ذلك او لم يقل لان العقد يعتق مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط
وان كاتبه على عين معين في يد المكاتب سوى النقود فقيه روايتان في رواية كتاب
الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز وهي مسألة الكتابة على الاعيان
وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين
في كفاية المنتهي ولم يذكره هنا طوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال
وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز * ووجه عدمه ان كسب
العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله وانه لا يجوز
وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم او دينار في يد العبد بان كان ما ذونا بالتجارة
فاكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على
دراهم مطلقه وهي جائزة **قوله** واذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه عبد اغير عينه
فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح هي جائزة ويقسم المائة
الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصته العبد ويكون مكاتبها بقي لان العبد
المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما يصلح بدلا يصلح مستثنى
من البدل وهو الاصل في ابدال العقود وقال بالموجب اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح
الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصلح باعتبار قيمته وهي لا تصلح
بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين
جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركي او هندي ولا الوصف انه ردي او جيد
جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدره ابو حنيفة رح في العبد بما قيمته
اربعون درهما وقال هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان

(كتاب المكاتب * فصل في الكتابة الفاسدة *)

لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البذل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسيط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة ان ينصرف الى الوسيط كما في الزكوة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البذل يعرف بها وقد مر في النكاح فصارك أنه اتى بعين المسمى * وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البذل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد او الدياس او القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنه اجاز الكتابة على الوصفاء وهي جمع وضيف وهو العبد للخدمة وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبهه البيع في ان تسمية البذل شرط فيها كما هي فيه شرط والبيع مع البذل المجهول او الاجل المجهول لا يجوز فكذلك الكتابة ولان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتدائها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط المملك فيه فاشبهه النكاح في الانتهاء وفي ان مبني كل منهما على المساومة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار * وان لم يبين جنسه مثل ان يقول ذابة او ثوب لم يجز الكتابة لانها يشمل اجناسا وكذلك الثوب فتفاحش الجهالة واعترض على المصنف رح بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالذابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سفلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني

(كتاب المكاتب * فصل في الكتابة الغاسدة *)

على المسامحة كالكتابة والنكاح **قوله** وإذا كاتب النصراني عبده وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وايضا ما سلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تملك الخمر وتملكها وفي التسليم تملك الخمر لان الفرض ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الي يد والمسلم غير ممنوع من نقل البدك ما اذا غصب المسلم من الذمي خمر اثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تباع الذميان خمر اثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال ففسد وصح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف اي عبد للخدمة واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البناء اسهل من الابتداء * وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشائخ قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع **قوله** واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المأوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الاخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادعى الخمر عتق لما بينا في اول هذا الفصل انه اذا ادعى الخمر عتق وقال زفر راج لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمر ناشي انه ان ادعى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احدهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداهما اليه مولاه فانه يعتق ان في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه ان عقد صحيحا على الخمر

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز *)

الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا ينصور بقاءه صحيحا والخمر بدل فيه
فتاؤه صحيحا ليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب
كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا بقيت بدلا اعتق باوائها

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله
وما لا يجوز له فان جواز التصرف يمتني على العقد الصحيح **قوله** ويجوز للمكاتب البيع
والشراء قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صححت الكتابة خرج
المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه فكأنه اعادها تمهيد القول فان شرط عليه
ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ببيان ثمة وجه الاستحسان
ان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاها ملكية اليد على وجه الاستبداد
وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعة لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب
في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل
فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط
الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا
قال كاتبك على ان تخدمني مدة اوزمانا وهذا البس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة
ولا فيما بقا بله فلا يفسد به الكتابة وهذا اي هذا التفصيل لان الكتابة تشبه البيع من حيث
المعاوضة وعدم صحتها بالبدل واحتمالها الفسخ قبل الاداء وتشبه النكاح من حيث انها
معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا يبطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن
في صلب العقد عملا بشبه النكاح ويبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع او نقول
ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز *)

لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما يسقط عنه ملك مولاة وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعناق لدخوله في الكتابة وهي اعتاق وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعناق والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قوله والتزوج ليس وسيلة اليه الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود ومقصود المولى يحصل من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكلامه فيه ظاهر * والمجاهز عند العامة هو الغني من التجار وكأنه اريد منه المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف الى المجاهر كذا في المغرب ولا يتكفل لما ذكر فلا يملكه بنوعيه يعني في الحال سواء كان بامر المكفول عنه او بغير امره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى ادى صار مقرضا بما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لاينا في ذلك ولا يضره اجيب بانه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله وان زوج امته جاز ظاهر وقوله ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئا جاز ان يملكه غيره كالمعبر يعبر بخلاف الاعناق على مال فانه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ماوجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على اداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تملك ما لا يملكه وهو لا يجوز قوله فان ادى الثاني يعني ان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقيق شرط عتقه وولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى الاول بمنزلة

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز *)

بمنزلة علة العلة ولهذا الوعز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول ويصح
اضافة الاعتاق اليه في الجملة يقال مولى زيد ومعنى زيد مجازا وان كان معتق معتقه
ولهذا ايدى خ في الاستيمان على مواليه فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم
الاهلية لكونه رقيقا اضيف اليه اي المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيئا فانه
يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلوا دى الاول بعد ذلك وعق
لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لما ان العقد انتقل اليه لعدم
اهلية المكاتب للاعتاق والولاء لا ينتقل عن المعتق مباشرة * وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد
جر الولاء فان ثمة مولى الجارية ليس بمعق للولد مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق
الام * والاصل ان الحكم لا يضاف الى المسبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر
عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فيجر الولاء الى قوم الاب وان ادى الثاني بدل
الكتابة بعد عتق الاول فولأوه للاول لان المباشرة من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل
فيثبت له **قوله** وان اعتق عبده على مال قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من
التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك
فلا يملكه وقوله واما الثالث فتتقيص له لان من اشترى عبدا او جده اذ اذوجه يتمكن من
الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز لانه
اكتساب للمال **قوله** وكذلك الاب والوصي ظاهر وقوله ولان في تزويج الامه والكتابة
نظرا اما في تزويج الامه فلما مر آنفا واما في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز
بعد اداء النجوم وذلك لاشك في كونه نظرا وقوله فاما الماذون له فظاهر وقوله وعلى هذا
الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكتب
عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال
ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله هو يعني ابا يوسف رحمه قاسه

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز * فصل)

على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج الامة فكذلك المأذون له واعتبره بالاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له جاز ان يوجر عبده وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته وقاسه واعتبره متراد فان * وقيل استعمل القياس بين العينين اي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين اي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر والطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الامن حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال ببال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيني وان كان غير ذلك فلا نسلم اولوبته ولهما وهو الفرق بين المأذون له والمكاتب ان المأذون له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يصل به الى المال والتزويج يصل المولى الى المهر فكان اكتسابا وقوله ولانه اي التزويج دليل آخر ومعناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانهما مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال ولهذا اي ولان التزويج ليس من الاكتساب لا يملك هؤلاء اي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب للمال *

فصل

لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصلالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع ينلوا الاصل **قوله** واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته تقديم الاب في الذكر ههنا على ابنه للتعظيم واما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشترى والمواد مقدم على المشتري فان المولود يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز * فصل)

بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حيوته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب
والمشتري يحرم بيعه حال الحيوة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يمكن من السعاية
على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يحرم بيعه
حال حيوة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته حالا ولا مؤجلا * وانما قال دخل في الكتابة
ولم يقل صار مكاتب لان له لو صار مكاتب لكان اصلا وليقت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس
كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابته الداخل بطريق التبعية لا الاصله فان
قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده
الصغير فانه اذا اعتق المشتري لم يستطع من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه
اجيب بان المشتري تبع من كل وجه فلا معتبر به في امر البدل لتقرر قبل دخوله في الكتابة واما
الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجهه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يستط ما يخصه
* ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولاد دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من اهل
الاعتاق جعل مكاتبه تحقيقا للصلة بقدر الامكان واذا اشترى ذارحم محرم منه الاولاد له
لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يدخل اعتبارا بقربا به الاولاد لان وجوب
الصلة ينظمهما ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية ولا يبي حنيفة رحمه الله ان للمكاتب
كسبا لا ملكا لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد
النكاح والكسب يكفي للصلة في الاولاد لاني غيره لا ترى ان التادر على الكسب
يخطب بفتة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر لان هذه اي قرابة الاخوة
توسطت بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد والمنوسط بين
الشيئين ذو حظ منهما فعملما بالشبهين والحقاها بالثانية اي القرية في العتق حتى اذا ملك
الحر اخاه عتق عليه كما اذا ملك والده او ولده وبالاولى اي البعيدة في الكتابة حتى
اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من العكس

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان ينقله وما لا يجوز * فصل)

لأننا لو استنادنا بالولاد في الكتابة وجب علينا ان نلحقها به ايضا في العتق لانه اسرع نفوذا
من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخته واذا اعتق ليس له
ذلك وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولي من اهل مال احدهما
قوله واذا اشترى ام ولد امراة المكاتب اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من
الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة
كما صروا الام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وان ملكها
وحدها فكذلك عندها لا يها ام ولدها خلا لا بي حبيته رحمه الله لدان القياس جواز بيعها
وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل فان ادنى عتق
وما فضل معه فهو له وان عجز عاده هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل النسخ فكسب
المكاتب يقبل النسخ وما يقبل النسخ لا يجوز ان يتعلق به مالا يقبل النسخ كالا سبيلاد
لان مالا يقبله اقوى من الذي بقله والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا لادنى الا انه ثبت
هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبع الثبوت في الولد بقاء عليه وبدون الولد
لوثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس يثبته وتقابل ان يقول القياس كما ينبغي ابتداء ينبغي
مع الولد على ما ذكره في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدور الكلام
تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالانثرو هو قوله صلى الله
عليه وسلم اعتقها ولدها لا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينبغي
يعنى ولا نص فيه بترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد وان ولد للمكاتب ولد من
امته دخل في كتابته لما يبي في المشتري يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل ان
يكتب وان لم يكن من اهل الاعناق واعترض بان المكاتب لا يملك التسري فمن اين
له ولد من الامة حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يسجل له
رطى امته لكن ان وطى وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز * فصل)

لاحد الشريكين وطئها اكن ان وطئها فولدت وادعاه يثبت السب * قال في المبسوط
جارية بين حرو ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب قال الولد ولده والجارية ام ولد له ويضمن
نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب بماله من حق الملك
في كسبه يملك الدعوى كالحرف بقيام الملك له في نصفها ههنا يثبت نسب الولد منه من وقت
العلوق ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد قوله وكان
حكمه كحكمه اي حكم الولد حكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد لوالده لان كسب الولد
كسب كسبه ان الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوى فلا ينقطع بالدعوى اختصاص المكاتب
بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتب من زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق
امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فصار من الاوصاف القارة الشرعية والوصاف القارة
الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاء والحرية والرق تسري الى الاولاد فقوله مؤكدا
اشارة الى ذلك احتراز عن ولد الابنة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع
البيع في الابنة غير مؤكدا فالاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فان الامة
اذا انصفت بهما امتنع بيعها الا مقرونا بشيء لكنه ليس بمؤكد فقولهم الاوصاف القارة
احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احتراز عن السواد والبياض والطول
والقصر فانها لا تسري واذا اسرت كتابتها اليه ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه **قوله**
ومن زوج امته من عبده هذا ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات
تسري الى الاولاد ولهذا كان الولد اذ لا في كتابة الام وكسبه لها قوله لان تبعية الام
ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض
النسخ دخل في كتابتهما وكسبه لها اي في الدخول بتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة
والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام ارجح لانه جزء منها
بحيث يقرض منها بالمقراض **قوله** وان تزوج المكاتب بامر مولاة امرأة زعمت انها حرة

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز * فصل)

فولدت منه ثم استحققت فاولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤد بها الى المستحق
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اولادها احرار بقيمة لانه
ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لئلا يحرره الا ولاد فيجب عليه قيمة
الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد حره كذا في المبسوط * وفي شروح الجامع
الصغير ان قيمة الاولاد عنده يتأخر اذا وءاها الى ما بعد العتق واليه اشار المصنف رحمه الله بقوله
لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الى آخره ثم اذا غرم القيمة يرجع اليها عند لان
الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا الان الاصل في
الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة
رضي الله عنهم وقد قررناه في التقرير وهذا ابي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هناك
مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع عن الالتحاق به موجودا
وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب امة
فوطئها بغير اذن المولى او باذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولين
ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة من غير تأخير الى الاعتاق وان وطئها على
وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق فيما اذا كان بغير اذنه وحكم المأذون له كذلك قنا كان او مدبرا
والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة اوجب الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد
اوجب العقر فالكتابة اوجب العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح *

فصل

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل واذا ولدت
المكاتبه من المولى وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت
عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقته اذا ادعى او كذبت لان للمولى حقيقة الملك

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز * فصل)

الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق * وانما تتخير
لانها تلتقي جهتها حرية عاجلة بيدل و آجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت
من المولى سواء جاءت به لستة اشهر ولا اكثر وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها
لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غيره قصد افلان يملك
ذلك ضمنا للدعوة بالطريق الاولى **قوله** وما له من الملك دليل قوله ونسب ولدها ثابت
من المولى * ويندفع به ما عسى ان يتوهم ان ملك المولى في المكاتبه ناقص فلا يصح دعوته
لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته دون
المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلان يثبت من المولى
اولى * فان اختارت الكتابة ومضت عليها اخذت العقر من مولاه اي مهر مثلها لا اختصاصها
بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا يعني قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت اخص
باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة ثم ان مات المولى يعني بعد مضيتها على الكتابة
عمقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة على ما ذكره فان قيل وجب ان لا يسقط لان
الاكساب تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة اجيب بان الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى
ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت
الدار فانت طالق ثم طلقها ثلثا يطل فلما عمقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا
بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه
الشرط وان ماتت هي وتركت مالا تودى منه مكاتبته وما بقي ميراث لابنها جريا على
موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر وهي
ماضية على الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت
اذا لم تكن محرم الوطى وهذه محرم وطئها فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر
قوله واذا كاتب المولى ام ولده جاز واذا كاتب المولى ام ولده جاز لان الكتابة ليتوسل

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز * فصل)

بها الحرة ملك اليد في الحال والحرة عند اداء البدل وحاجة ام الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائز الا يقال احدهما يقتضي العتق ببدل والاخر بلا بدل والعنق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل وعروض بان مالية ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة ربح فكيف يقابلها ببدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها ثابت بدلا ورفعة والكتابة لرفع الاول في اول الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز ان يقابل ببذل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصه الآخرين بالمال فان مات المولى عتقت بالاستيلاء لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البذل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لا متناع ابقائها بلا فائدة بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب يعنق الاولاد ويخلص لها الاكساب ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل بانتهائه باينائه وبالاول يعود رقية واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده ويخلص له ما بقي من اكسابه وحيث احتجنا ههنا الى ابطال الكتابة نظر للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مختلفين لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل للثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمل له فلعله سديد ولو ادت المكاتب بالنصب اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة وهو يتقدير مضاف قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قوله وان كاتب مدبرة وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من ام الولد ووضعها

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يشعلن وما لا يجوز * فصل)

وضعها في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود مقتضي ودو الحاجة فان الثابت بالتدبير
مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المفاضة كما تقدم فان مات
المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لاقته وفي جميع بدل
الكتابة عندي حينئذ رحمه الله وقد اوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح قوله فتخيرت
لان في التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز ان يكون اداء اكثر المالكين ايسر باعتبار الاجل
واداء اقلهما عسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا **قوله** وجب عليها احد البدلين فتختار
الاقل اعترض عليه بان الاعناق لما لم يتجزع عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به
وانسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها لا غير واجيب باننا قد حكمنا بصحة
الكتابة نظر اليها فبقبها لذلك لم ربما يكون بدلها اقل فيحصل النظر بوجوده **قوله** انه قابل
لبدل بالكل لانه اضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها
كالقنة فيصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط ما فاقه من البدل والالكان
ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل وقوله فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة
وصورته ان يكاتب عبدا ولا ثم يدبرة ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث
البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وقوله لانها استحققت حرية الثلث
ظاهرا اي مكشوفنا لا يخفى على احد لان اخراجها عن الملك بغير الاعناق غير صحيح
فان اعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن مال يخرج
من ثلثه فقد استحققت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحققت حرية ثلثها فاستحقاق
الثلث ثابت قطعا والظاهر البين ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرية فتعين
ان يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء ولقائل ان يقول لو كان
كذلك لما عتق الجميع اذا ادت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين
لا الكل والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف رح لانه لا يقول بتجزى الاعناق واما

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز * فصل)

على قول ابي حنيفة رح فالجواب ما مرنا حكمنا بصحة الكتابة نظر المذبر وليس
من النظر ان يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البذل فاعتبرنا المقتابلة الصورية قبل موت
المولى نظراله وقوله اذلا استحقاق صندة ابي عند عقد الكتابة فيكون البذل في مقابلة
الكل فاذا عتق بعض الرقة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة **قوله** وان دبر مكاتبة
صح التدبير لما بينا انه تلقىها جهتا حرية ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان
شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست ب لازمة من جانب المملوك
لان النفقة والجنابة على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز بنفسه كان كل ذلك على المولى
فله ان يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخبرت
بين السعي في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وعندهما في الاقل منهما
فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا من تجزئ الاعناق واما المقدار فمتفق عليه
ومحمد رح ما رعى اصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا
ان البذل ههنا مقابل بالكل الى آخره **قوله** واذا اعتق المولى مكاتبه واذا اعتق المولى
مكاتبه عتق باعنا فله لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة بقاء على ان ما كان وسيلة الى تحصيل
شيء وحصل ذلك الشيء من جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة
لازمة في جانب المولى فلا يقبل الفسخ اجاب بقوله والكتابة وان كانت لازمة في جانب
المولى ولكنها تفسخ برضاء العبد وال لزوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه
كما لو باعه المولى او آجره برضاء والظاهر رضاه تودلا الى عتقه بغير بدل فانه اذا رضي به
يبدل فبلا بدل يكون ارضى وقوله مع سلامة الاكساب له لا نابقى الكتابة في حقه
اشارة الى جواب ما عسى ان يقال قد يكون راضيا يبدل نظرا الى سلامة الاكساب له
وقد يكون الاكساب كثيرة يفضل بعد اداء البذل منها جملة * ووجهه ان الاكساب
سالمة له لا نابقى الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظراله وحينئذ صار الظاهر

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز * فصل)

الظاهر كالمحقق الواقع فيعتق باعناقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على
خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عماليس
بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد
الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا لا يقال
هنا جعلت استقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاستقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل
لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا
كان على مكاتب الغير الف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة وجهه الاستحسان ان
الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البديل الا به فاعطي له حكم
المال وبديل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعندلا وكان اعتياضا عما هو
مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربوا وفيه بحث لان
المال ما يتمول به وهو يعتمد الا حراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطي
له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى * اما لفظ فلان اعطي متعد الى مفعوليه بلا واسطة
وقد استعمله باللام * واما معنى فلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه فان اراد
بقوله فاعطي له حكم المال حكم المال من كل وجه فالتا اعتدال اذ الدين مال من
وجه وان اراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للجاصل والجواب ان ما ذكرتم ان المال
ما يتمول به ويجوز صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس مانحن فيه كذلك وانما
المراد به ههنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف
قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن اعطي معنى اعتبر ومعناه اعتبر
للاجل حكم المال فان الشيء يجوز ان يكون جهته في شيء ولا يكون معتبرا فبين بانه
اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب **قوله** ولان عقد الكتابة وجد آخر
للاستحسان وتقريره ان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم ان له شبهها

(كتاب المكاتب * باب ما يجوز للمكاتب ان يفعل به وما لا يجوز * فصل)

بالنعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يمينا والاجل ربوا من وجه ففيه شبهة الربوا وشبهة الربوا اذا وقعت في شبهة العتد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العتد بين الحرين لانه عند من كل وجه فكان ربوا لان الاجل فيه شبهة لا شبهة شبهة **قوله** واذا كاتب المريض عبدا على الفين واذا كاتب المريض عبدا على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيه وهو حتهم فله ان يردوه دفعا لضرر تأخير حتهم الى مضي الاجل عن انفسهم فان المكاتب يؤدى ثلثي الالفين حالا وحوال الف وثلثمائة وثلاثة وثلثون درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد بن حريش يؤدى ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزائد على قيمته ومن له ترك شيء له ترك وصته والتعجيل وصف فيجوز تركه وصار ذلك كما اذا خلع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولو قال لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف فله ان يؤخرهما كان احسن فنامل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدل جريان احكام الابدال من جواز المراجعة الى الالفين وجواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبديل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للمريض استا ط ثلاثة فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلا فهم اذا باع المريض دارة بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يخير المشتري بين اداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعنى الدليل من

كتاب المكاتب * باب من يكتب عن العبد *

من الطرفين وان كاتبه على الف الى سنة وقيمتها الفان ولم تجز الورقة ادى ثلثي القيمة حالا ويزد رقيا في قولهم جميعا لان المحابة في القدر وهو اسقاط الف درهم والتأخير وهو تأجيل الف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما جميعا اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لاني حق الاسقاط ولا في حق التأخير *

باب من يكتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه **قوله** واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب * واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الف فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق با دائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتباً يعني ان هذا العقد نافذ في حق مال العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه با داء هذا القائل وموقوف على اجازته في ما عليه من لزوم البذل لانه عقد جري بين فضولي ومالك فينوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتباً لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عتده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الف فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر * وجه الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الف العبد قيل ما الفرق

(كتاب المكاتب * باب من يكتب عن العبد *)

بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز في ماله وفي ماله وفي ماله
لا يتوقف في ماله والجواب ان ماله فيها اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام
وهو يتوقف عليه ولو ادى الحر البديل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء
ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع
عليه قوله واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاة اذا قال العبد لمولاة كاتبني
بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جازا استحسانا والقياس ان
يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده
وعبد غيره او زوج امته وامته غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه
ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعوا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا
كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعوا حتى صتوا باادائها وليس عليهم من البديل شيء
فان قيل ليس مانحن فيه كالمستشهد بها لان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى
لو اعتق الاولاد لم يسقط من البديل شيء ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد
الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليها مقصودا حتى ان المولى
اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا اعتق الغائب سقطت
حصته من المكاتبه ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض
بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب ان ما ذكرنا يجوز
ان يكون وجهها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض
من غير نظر في ان يكون فيه جهة اصالة او لا تصحيا للعقد ونظر الله كاتب ولا شمله
على المساومة واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينقرد به الحاضر فله اي فللمولى ان يأخذ
العبد الحاضر بكل البديل لان البديل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البديل
شيء لانه تبع فيه وهذا ابدل على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصاله في اعتقاد

(كتاب المكاتب * باب من يكتب عن العبد *)

في انعقاد العقد عليه **قوله** وايهما ادى عتقا تكرر لانه قال في اول المسئلة فان ادى الشاهد او الغائب عتقا لكنه اعادة تمهيد القول ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن لفكاك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينه عليه ومثله لا يرجع والغائب متبرع به غير مضطرا اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغائب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطرو ولهذا يرجع على المستعير بما ادى فكيف قال غير مضطرا اليه فالجواب انه كهو في جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضرار فان الاضرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان يحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة ووربما فاته لولم يؤده فكان مضطرا اجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى ان يأخذ الغائب بشيء لما بينا انه فيه تبع فان قبل العبد الغائب اولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغائب لا اثر لرده وقوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله فليس للمولى ان يأخذه بشيء من بدل الكتابة كمن كفّل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازة لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جازوا واما وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لم يتوهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذا لام الحرية لا ولاية لها فكيف للامة وايهما ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذلك ان الام ان ادت نقودا دينها على نفسها وكل

(كتاب المكاتب * باب كتابة العبد المشترك *)

من الولدين ان ادعى فهو متبرع غير مضطروفي ذلك كله لارجوع فان قبل اذا ادعى
احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصاله بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما
اذا ادعى كان اداة كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا
ادعى احد هما قبل وهذه فائدة و وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى
قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي
فلان يجوز في حق ولد هالان ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى * اقول لعله اشارة الى
ما ذهب اليه بعض المشائخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها
بخلاف الاجنبي و ارى انه الحق *

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين **قوله** واذا كان العبد بين شريكين
اذا اذن احد الشريكين لصاحبه ان يكتب نصيب نفسه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة
فكتب ويقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عندي خيفة رحمه الله وقال
هو مكاتب بينهما وما ادعى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تجزى عنه
خلا فالحق كالاتفاق لانها تنبذ الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنه والاذن لا يفيد
الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدة انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير
اذنه واعترض بان الكتابة اما ان يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى
تعليق العتق باداء المال ولو وجد شيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه
ليس للاخر ولاية الفسخ فمن اين للكتابة ذلك واجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد
من المعاني المذكورة وانما هي تشمل عليها فيجوز ان يكون لها حكم يختص بها وهو ولاية
الفسخ لمعنى بوجه وهو الحاق الضرر بطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف

(كتاب المكاتب * باب كتابة العبد المشترك *)

وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة
 يقبل الفسخ ولهذا تنسخ بتراضيها فتحقق المقضي وانتفى المانع * واما المعاني المذكورة
 فالمعاضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يطل على
 صاحبه بيع نصيبه * والا عناق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما
 الا عناق فظاهر واما التعليق فلانه يمين **قوله** واذنه له بقبض البدل بيان لاختصاص
 المكاتب بالمقبوض وذلك لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب
 فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض
 له ويجوز ان يكون ضمير عليه للعبد اي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم
 على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا
 لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل
 القبض او استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع
 للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن
 قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده
 شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع
 اذا لم يحصل مقصوده ولهما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم النجزي
 فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف وهو اي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما
 فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجزوا في يده من الاكساب وكان المصنف رح
 مال الي قولهما حيث اخره **قوله** واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها واذا كانت جارية
 بين رجلين كاتبها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحته دعوته وثبت نسبه ثم وطئها
 الاخر فجاءت بولد فادعاه اي صحته دعوته ايضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد كلها
 الاول بطريق النبيين لانه لما ادعى احد هما الولد الاول صحته دعوته لقيام المالك له فيها

(كتاب المكاتب * باب كتابة العبد المشترك *)

وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاء في المكاتبه يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لا وجه لتكميل الاستيلاء الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبه لا تقبل النقل من ملك
الى ملك فيقتصر اموية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاء فيها
يتجزى بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى
ملك ولا وجه لنسخ الكتابة لان المكاتبه قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى
بحرية آجلة بجهة الاستيلاء فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا تنفسخ الابفسخ المكاتبه واذا ادعى
الثاني ولدها الاخير صحته دعوته لقيام ملكه ظاهر او انما قيد بقوله ظاهر الان الظاهر
ان تمضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت
الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية كليهما ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال
ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها
لو طئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف فصا صا ويبقى
للاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة
اما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها
كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على
ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فيلزم كمال العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة فان
قبل فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة رحمه الله لان
حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها اجيب بان هذا على قولهما
واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء * وقيل عن ابي حنيفة رحمه الله
في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حرا بالقيمة وايهما دفع
العقر الى المكاتبه يعني قبل العجز جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها الاختصاصها
بمنافعها وابدائها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله

(كتاب المكاتب * باب كتابة العبد المشترك)

كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد الاول وهي مكاتبته له نعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطئ الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاء طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما ثبت به ولهذا يكمل في القنة بالاجماع وقد امكن ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكميلا للاستيلاء في ما لا تنصرف به المكاتبته وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيها نفع حيث لم تبق محلا للابتدال بالبيع والهبة ويبقى الكتابة في ما وراءه اي في ما وراء ما لا تنصرف به وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها **قوله** بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي حنيفة رح المتنازع فيه على المدبرة المشتركة بينهما * ووجهه ان اقد قلنا ان امومية الولد تستكمل ما امكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاء الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه * وقوله وبخلاف بيع المكاتب قبل هو جواب عما يقال هلا فسختم الكتابة في ضمن صحة البيع في ما اذايح المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاء ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذا اشترى لا يرضى ببقائه مكاتب ولو ابطالنا تضرره المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرره المكاتب لا يصح * ويجوز ان يكون بياننا لقوله ويبقى الكتابة في ما وراءه فان البيع وراء ما لا يتضرره فان المكاتب يتضرره فيبقى الكتابة كما كانت **قوله** واذا صار كلها ام ولد متصل بقوله صارت كلها ام ولد له * وتقديره انه لما ادعى الاول صارت كلها ام ولد له واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبته بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة رحمه الله وانها تبقى مكاتبته بينهما في ما تنصرف به بالاجماع على ما ذكرناه ولا حد على وطئ مكاتبته وبازمه جميع الغير لان الوطئ لا يعرى عن احدي الغرامتين وقوله واذا ثبتت الكتابة متصل

(كتاب المكاتب * باب كتابة العبد المشترك)

بقوله ويبقى الكتابة في ما وراءه وتقريره ويبقى الكتابة في ما وراءه واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكتوبة له اي الاول قيل وهو جزاء اذا بقيت لجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انسخت في ما لا تنضربه المكاتب ولا تنضرب بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي منصور رح وقيل يجب عليها كل البدل لان الكتابة لم تنسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاء والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله وفي ابقائه يجوز ان يكون جوابا عما يقال الكتابة تنسخ في ما لا ينضربه المكاتب وهي لا تنضرب بسقوط نصف البدل فيجب ان تنسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظر للمولى وان كان لا ينضرب المكاتب بسقوطه فرحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ والمكاتب هي التي تعطى العتق لا اختصاصها بالبدل فانها ولو عجزت وردت الى الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في تعليل ابي حنيفة رحمه الله **قوله** ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف رحمه الله موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما يجب ان قلما لانه متيقن * قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد ملكها احدهما بالاستيلاء فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلماذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف رح يضمن

يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد ربح يضمن الأقل من
نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه **قوله** وإذا كان الثاني
لم يظأها ولكن دبر هائم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظاهر
لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطى
فتبين انه ابي التدبير مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف
النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطى منه لانه يعتمد الغرور لا الملك وهي ام ولد للأول
لانه تملك نصيب شريكه فكمال الاستيلاء على ما ينبتا يعني في تعليل قول ابي حنيفة ربح
وهو قوله وتبين ان التجارية كلها ام ولد للأول لانه زال المانع من الانتقال ويضمن الشريكه
نصف عقرها لو طئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصيبها بالاستيلاء وهو تملك
بالقيمة والولد والاول لانه صحته دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة وهذا
قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك
نصف شريكه ولم يبق ملك للتدبير فيها فلا يصح تدبيره ووجهه ما ينبتا اي في تعليل
القولين اما طرف ابي حنيفة ربح فقد ذكرنا آنفا من قوله وتبين ان التجارية الى آخره واما
طرفها فهو قوله لانه لما ادعى الاول صار كلها ام ولد له الى آخره **قوله** وان كاتبها ثم
اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك
عليها عند ابي حنيفة ربح وقال لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها
لم تزل قنة والجواب فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على هذا الخلاف في الرجوع
فان عند ابي حنيفة ربح اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع
وفي الخيارات عند ابي حنيفة رحمه الله الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء اعتق
وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع
اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها يعني الولاء وترديد الاستسعاء فان عند ابي حنيفة ربح

(كتاب المكاتب * باب كتابة العبد المشترك *)

ان اعتق الساكت واستسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما
للمعتق في الوجهين جميعا واما ترديد الاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان
ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا يسعى العبد لنصيب الساكت
وابو حنيفة رحمه الله كما هو مسئله تجزي الاعناق كما تقرر في العناق هذا اذا عجز فاما
قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عن ادبي حنيفة رحمه الله خلا فالحق وهو واضح ومبناه
ايضا على تجزي الاعناق وذلك لان الاعناق لما تجزى عنده لم يظهر افساده نصيب
الساكت ما لم يعجز فان اثره حينئذ ان يجعل نصيب الساكت كالمكاتب وهو حاصل وانما
يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيوجب الضمان وعندهما لما لم يتجز
عتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا
لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار **قوله** واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما
واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فالدبر مخير بين تضمين
المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعاقه * وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك
وهو ان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى او يعتق وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد
به نصيب الآخر لسد باب التقل عليه فله ان يضمن قيمة نصيبه وله الاعناق والاستسعاء
فادا اعتق الاخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء وينتصر الاعناق على نصيبه لانه
يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه
والاعناق والسعاية ايضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبر الا ان الاعناق عدا
المدبر واختلفوا في قيمته فقل قيمته تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع
انواع ثلاثة البيع وما اشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية
والاستخدام وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والغارية والوطى والاعتاق ونوابه

(كتاب المكاتب * باب موت المكاتب وعجزة وموت المولى *)

وتوا بعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والغائت من ذلك النوع الأول
فيستقط الثلث وإذا ضمنه لا يملكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا
غصب مدبراً فابق فإنه يضمه ولا يملكه فكان ضمان حيلولة لاضمان تملك وان اعتقه
أولاً يعني المسئلة الثانية كان للآخر الخيارات الثلث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية
لأن العتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين
لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئاً للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قناعت
اعتاق المعتق فكان تضمينه إياه متعلقاً بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير
بخلاف الأول فهناك نصيبه كان مدبراً عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطاً بتمليك
العين منه * والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك إذا كان المحل وقت الاعتاق قابلاً
للتمليك كما إذا اعتق أولاً وغصب القن فمات أو أبق وأما إذا لم يكن المحل قابلاً
وقت الاعتاق كما إذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك
لأن التملك إذا اعترض ضمان الحيلولة على ما يتعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه
فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئاً لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لأن
المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه
لا ينجزى عندهما في ملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته مؤسراً كان أو معسراً لأنه
ضمان تملك فلا يختلف باليسار والعسار ويضمن نصف قيمته قناتاً إن تدبره صادفه وهو قن
وان اعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الاعتاق لا ينجزى عندهما فعتق كله وكلامه فيه ظاهر *

باب موت المكاتب وعجزة وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة
قوله وإذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به

(كتاب المكاتب * باب موت المكاتب وعجزة وموت المولى *)

ما يؤدى فيه من الوظيفة واذ اعجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقضه او مال غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظرا للجائنين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الا عذار كما هال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة انه يؤخر يوما ويومين او ثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير * والا صل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ وكذلك في رصاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة ايام والمديون بالجر عطف على كاهمال يعني اذا اثبت على رجل مالا فقال المدعى عليه امهلني يوما او ثلاثة ايام فانه يمهل ولا يزاد عليها فان لم يكن له وجه وطلب المولى بعجزة عجرة وفسخ الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزة حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد بدونه ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود عند الوجود فقط والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند احدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد رفاق مبنية على المسامحة حتى كان احسنه مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا رفاق في الطلب عنده فلا بد من امهال مدة ارفاقا واولى المدد اذ لك ما توافق عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال الآن تحقق العجز عن ادائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذ لم يكن راضيا بدونه والضمير في يفسخ يجوز ان يكون للمولى اي فيفسخ المولى الكتابة اذ لم يكن راضيا

(كتاب المكاتب * باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى *)

راضيا وان يكون للقاضي اي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بذون ذلك
النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة ولم يرض
بالفسخ فهل يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين
والثلاثة لانه لا بد منها لا مكان الاداء فلم يكن تأخير **قوله** والآثار متعارضة جواب عن
استدلاله بان علي رضي الله عنه ويان ذلك انه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبه له
عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج به لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار
الى ما بعد ها من الحجة فبقي ما قاله من الدليل بقوله ان سبب الفسخ قد تحقق الى آخره
سالم من المعارض لان دليل ابي يوسف رح خطابة لا يعارض المعقول فيثبت الفسخ به
قوله فان اخل بنجم عند غير السلطان المراد بالا خلال ههنا ترك اداء وظيفة بدل الكتابة
في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في ادائها فاذا اخل بهذا التفسير بنجم عند غير السلطان
ابي القاضي فعجز فردة مولاة برضاة كان جائزا لان الكتابة تنسخ بالتراضي من غير
عذر فبالعذر اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب
المولى لا يتدر على الابطال بانفراده تام ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك ففسخه
يحتاج الى الرضاء او القضاء كالرد بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية اخرى
ان الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان
تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء احكامه فشبه بهذا الوجه
بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك
ههنا واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب
فهو لمولاة لانه ظهر انه كسب عبده وكسب العبد لمولاة وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا
عليه او على مولاة لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فسلمولاة وقد زال التوقف * فان مات
المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعقبة في آخر جزء من اجزاء

(كتاب المكاتب * باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى *)

حيوته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده المولودون والمشترون في حال الكتابة
وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماءنا رحمهم الله وقال الشافعي رح
تبطل الكتابة بموت عبدا وما تركه فهو لولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل
لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك
لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد المات مقصورا اوقبله او بعده مستندا الى حال حيوته
لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثاني لانه مشروط
بالاداء والفرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء
يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احده
المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لحياء
الحق وعليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان
اصل منصوص عليه وفرع هو نظيرة ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في الحال معلول
وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بملائمته للعلل المنقولة عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعد الله بظهور انثرة في جنس الحكم المعلن به وغير ذلك
من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلالية بادعاء اضافة الحكم
الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضوع
وامثاله فان يسر الله تعالى عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة
المحققين فذلك الفوز المعظم قدرة والا فياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة
الذين ظهر عند ذوي التحصيل عذرة فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم في الحياة
الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنع **اقوله** بل اولي يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس
موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت الم عقود عليه وهو المكاتب دون العاقد
ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك

(كتاب المكاتب * باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى *)

ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضي والمانع اما المقتضي فلان حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه واما المانع فلان الموت انتفى للمالكية منه للمملوكية فان المملوكية ضعيف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فينزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث او تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المصنف رح بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق مقدم على الاداء بل يقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعتقود عليه لما تقدم ان المعتقود عليه هو سلامة مالكية اليد **قوله** وان لم يترك وفاء وترك ولد امولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجو منه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلقه في الاداء كمالو ترك وفاء واما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة رح قيل له اما ان تؤدي الكتابة حاله او ترد رقيقا ما اعتبراه بالمولود بجامع انه يكاتب عليه تبعاله ولهذا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في اكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبدا المكاتب وابو حنيفة رح فرق بين العصلين على ما ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادعى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزء من اجزاء جيوته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لايه في الكتابة فيكون ذلك تورث حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لايه وان كان كبيرا جعلنا كشيخ واحد لا اتحاد مقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني آخر جزء

(كتاب المكاتب * باب موت المكاتب وعجزة وموت المولى *)

من اجزاء حيوته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت
قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما
وصورتها مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة وترك ديناً على الناس وفاء لمكاتبته
فالكتابه باقية وولاء الولد لمولى الام اما بقاء الكتابه فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار
ماله مال ولكن لا يحكم بعقده حتى يؤدي البذل * وانما قيد بالدين لانه لو ترك ديناً لم يأت
القضاء بالالحاق بالام لان المكان الوفاء في الحال واما ان الولاء لمولى الام فلانه لم يحكم بعقده
لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فان جنى هذا الولد جنانية وقضى به اى بموجب الجنانية
على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابه لان هذا القضاء يترى حكم الكتابه
وكل ما يترى شيئاً لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابه فلان الكتابه تستلزم الحاق الولد بمولى الام
واجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجوز ولاء ابنه الى مولى له لان الولاء
كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من
اثباته منه كما اذا كذب الملا عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان اجاب العقل من
لواز مها وثبوت اللازم بقر وثبوت ملزومه واما ان كل ما يترى شيئاً لا يبطله فلتلا يعود على
موضعه بالقض **قوله** وان اختصم مولى الام الى آخره هو المسئلة الثانية وصورتها مات
هذا الولد بعد الاب واختصم مولى الاب ومولى الام فقال مولى الام مات رفيقاً
والولاء لا وقال مولى الاب مات حراً والولاء لنا فقصي بولائه لمولى الام فهو قضاء
بالعجز وفسخ الكتابه لان هذا الاختلاف في الولاء مقصوداً وهو واضح وذلك
يبتنى على بقاء الكتابه وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبداً واستقر الولاء على مولى
الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حراً وانتقل الولاء الى مولى الاب وهذا اى بقاء
الكتابه وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فيقتد مأى لاقية من القضاء واذا كان القضاء بالولاء
لهم نافذ ايتفسخ الكتابه لانتفاء لازمها وهو احتمال جبر الولاء لما تقدم في المسئلة الاولى ان ذلك

(كتاب المكاتب * باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى *)

ذلك جزء اللازم والشئ ينتفي بانتفاء جزئه قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه و
ذلك لصيانة القضاء عن البطالان وفي صيانه بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق
المكاتب وليس احد البطلانين ارجح واجيب بان صيانة القضاء أولى لانه اذا افنى فصلاً
مجتهد افنيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة
في بقائها **قوله** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاة اذا كان المكاتب اخذ من الزكوة
شيئاً وعجزاً فما ان عجز بعد ادائه الى المولى اوفيله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع
لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضاً عن العنق
وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما اهدت اليه
وهي مكاتبه حيث قال عليه السلام هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح العقير
ما اخذ من الزكوة لغني او لها شئ فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناول على ملك المبيع
فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه
طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رح ظاهر لانه
بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملك مبتدأ
ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا آجر امته ظن انهم عجزوا وكذا عند ابي يوسف رح
وان كان بالعجز ينقر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد
ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا آجر المكاتب امته ظن ان
ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقتها اصلاً وانما
الخبث في فعل الاخذ لكونه اذا لابه وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة
حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا
استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذ من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا عتق المكاتب
واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشائخ

(كتاب المكاتب * باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى *)

هكذا ذكره الكرخي وغيره وإذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من
الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع فإذا زال لم يعد الحكم
الأصلي صيانة للقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع إليه أبو يوسف رحمه
وكان يقول أو لا يباع فيه وأن عجز قبل القضاء إلا أن يقضي المولى عنه وهو قول زفر رحمه
لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة فالجنابة عند ما وقعت انعقدت موجبة
للقيمة كما في جنابة المدبر وأم الولد وقوله من الرقبة إلى القيمة وقوله انعقدت موجبة
للقيمة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أرش الجنابة وهو مخالف لما
ذكرنا من زواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل
من أرش الجنابة ولنا القول بالموجب وهو أناسلما أن المانع من الدفع قائم ولكن الكلام
في أنه قابل للزوال أو لا ولا شك في قبوله لا مكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال
في الحال فيتوقف على القضاء والرضاء فإن قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه
لأن مذهب زفر رحمه أن جنابة المكاتب تصير ما لا في الحال من غير توقف على القضاء
والرضاء فما وجه أخذه في الدليل فلنا ظهوره فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال
وان كان عودا للموجب الأصلي فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإنه يتوقف الفسخ
ذلك الحق على لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاء لانهما لا يقبلان الزوال
ثم عجز لا يوجب الموجب في الابتداء هو القيمة **قوله** وإذا مات مولى المكاتب لم تنسخ
الخبث في فعل الأخذ ^١ كما كتب لأنها سبب حرته وحرية حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرأ
حرته والأخذ لم يوجد من ^٢ فالكتابة حقه فإذا مات المولى لم تنسخ كيلا يؤدي موته إلى
استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا ^٣ إلى ورثة المولى على نجومه أي مؤجلاته استحق
واستغنى بطيب له ما بقي في يده من الصد ^٤ كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تخير * وهذا الآن
كل كاسقاطه بخلاف ما إذا كان مريضا

(كتاب الولاء)

وكانت فان المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا او يرد رقبته لانه لما كان مريضاً لم يصح تصرفه
بناجيل غير الثلث كاسقاطه **قوله** الا ان الورثة يخلفونه استثناء من قوله ولا يتغير قبل
وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استثناء البذل فصار للورثة
وهو تغير فقال قيامهم مقامه في الاستثناء لا يسمى تغيراً في عقد الكتابة لانها باقية كما
كانت فكما ان سائر الديون يخلفونها فيه ولا يسمى ذلك تغيراً فكذلك دين الكتابة فان
اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا
بالارث ولا عتق فيما لم يملكه ابن آدم وان اعتقه جميعاً عتق استحقاقاً وجه القياس ما ذكرناه
من عدم الملك وجه الاستحسان ان يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه
لجريان الارث فيه واذا برى المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابرأه مولاه
فان قبل فاجعل اعتاق احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراءاً اقتضاءً لصحبا
لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البذل او اداءه لافي بعضه ولا في كله لان عتقه معلق
بسقوط جميع البذل ولهذا لو ابراء المورث عن بعض البذل لم يعتق شيء منه واذا لم يمكن اثبات
المقتضي لا يثبت المقتضى فلا وجه لبراء البعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب
ترتيب الابواب على النهج المتقدم للكتاب الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء
عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة
وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف
الفقهاء عبارة عن تناصري بوجوب الارث والعقل **قوله** الولاء نوعان تنوع الولاء باختلاف
السبب الى نوعين فالاول ولأء العنافة ويسمى ولأء نعمة اقتضاء بقوله تعالى واذا تتول

(كتاب الولاء)

تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد وسببه العتق على ملكه في الصحيح
وقوله في الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله عليه السلام الولاء
لمن اعتق وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثه كان الولاء له
ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولي لعمومه * والثاني ولاء موالاة وسببه العقد على ما سذكره
قوله ولهذا يقال ولاء العتاقه وولاء الموالاة بيان لسبب النوعين فان كلا منهما يضاف الى
شيء والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول قوله والمعنى فيهما التناصريان
مفهومهما الشرعي وقوله كانت العرب تتناصربا شياء بيان وجود التناصر فيهما فان العرب
كانت تتناصربهما وبالخلف والممالحة وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء
بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالخليف مولى الموالاة لانهم كانوا
يؤكدون الموالاة بالخلف **قوله** واذا اعتق المولى مملوكه اذا اعتق المولى مملوكه كان الولاء
له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ووجه الاستدلال ان الحكم اذا اترتب على مشتق
دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض
جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو
المصدر الثلاثي وهو العتق **قوله** ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين
الثابتين به وهو العتق والميراث وتقريره المولى يتنصر بموالاة بسبب العتق ومن يتنصر
بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى احياء معنى بازالة
الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا يرى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي
تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين
واشابه ذلك وبالاعتاق ثبتت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن احيى غيره
معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه
يثبت انه يعتقه فبرثه لان الغنم بالغرم فقوله ولان الغنم بالغرم ينعدم الوجهين فلهذا اخبره

(كتاب الولاء)

قول وكذلك المرأة تعتق يعني ان ولاء معتقها لها ما روي من قوله عليه السلام الولاء ما من اعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما معطوفة على قوله ما روي معنى ذكره اسند لا على ثبوت الولاء للمرأة * روي ان بنت حمزة اعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي في ثبوت الولاء الاعتناق بمال وبغيره والعنق بقرابة او كتابة عند الاداء او تدبير او استيلاء بعد الموت وسواء كان العنق حاصل ابداء او بجهة الواجب ككفارة اليمين وما اشبهها لاطلاق ما ذكرناه يعني قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وما ذكره من المعنى المعقول فان شرط انه سائبة اي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح **قوله** واذا ادى المكاتب كلامه ظاهرا لا يحتاج الى شرح وذكر مسئلة جر الولاء وميز مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العنق اذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل ولا وء ابداء وان وقع تبعا له ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه التي موالية وعلى هذا اذا اعتق الرجل امته وولدها اعتقا وولاء هماله فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا مالك الام والعنق يتناول مقصودا فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل او اعتقت وولدت بعد العنق لاقل من ستة اشهر او ولدت احد التوأمين لاقل من ستة اشهر بيوم ثم اعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى مولى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة اشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوأمين لانهما ينفقان معا فان قيل الحمل اذا ولى الزوج والى غيره كان ولاء الولد لمولى الاب فما الفرق اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصود الان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحمل له واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاءه لمولى الام لانها لما

لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعاً
 للأم لا اتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان اعتق الاب جرّ ولاء ابنه الى مواليه لان
 الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لِحِمَّةٍ كُلِّحِمَّةٍ النسب الحديث ثم السب الى
 الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت ضرورة عدم اهلية الاب لرفه فاذا
 صار اهلاً عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاصة ينسب الى قوم الأم ضرورة فاذا اكذب
 الملاص نفسه عاد الانتساب اليه ونوقص قوله فاذا صار اهلاً عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت
 المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء واعتقت المعتدة عن
 طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولياً
 لموالي الام ولم ينتقل عنهم وان عتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم تثبت
 بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق
 البائن لحرمة الطوع وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مرجعاً بالشك لانها اذا
 جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجوداً عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات
 الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها لثبوت النسب واذا تعذر
 اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة الكاح فكان الولد موجوداً عند الاعتاق فعتق
 مقصوداً او من عتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم * وتبين من هذا انها اذا جاءت به
 لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى لليقين بوجود الولد عند الموت
 والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه بخلاف بالطلاق البائن والرجعي
 ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الاب لتيقننا بمراجعته وذكر
 لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاصة وكلامه
 فيه واضح **قوله** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب تزوج مسلم من العجم لم يعتقه
 احد معتقة العرب فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واموالهم

(كتاب الولاء)

لهم لالذوي ارحامه حتى لو ترك هذا الولد عمة او خالة لم يكن له ماشي في وجود
معتق الام وعصبته وعند ابي يوسف رح حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما
يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولا رة
لموالي امه لان النسب الى الآباء فان قبل ما كان السب الى الآباء واجب ان يستوي
الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معني لانه لا يملك شيئا ولانه اثر
الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييا فصار حال هذا الولد
في الحكم حال من لا اب له فينسب الى موالى الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب
حر لان الحرية حيوة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكره
في الكتاب ومعني قوله حتى اصبحت الكفاءة فيه ان الناس يتناخرون بالعتاقة ويعتبرونها
في الكفاءة فمن له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان فيها والنسب ليس
كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تغايرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا
من له اب واحد في الامارة كفوا لمن له ابوان في ذلك قال المص رح الخلاف في مطلق
المعتقة وانما قال ذلك لان محمد رح ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي
كان كذلك فكان وضع البدوري في معتقة العربي اتفاقا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان
ان محمد رح ذكر المعتقة مطلقا ولا شتماله على رلاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب **قوله**
كالمولود بين واحد من الموالى يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت اولادا
فانها تنسب الى قوم ابيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة وقوله
وان كان الابوان اى الوالدان معتقين راجع الى اول الخلاف يعني اذا كانت
الام معتقة والاب والى رجلا ففيه الخلاف واما اذا كان الوالدان معتقين فقد
اجمعوا ان السب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب قال
عليه السلام الولاء لحمة كحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في

في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء اولا ان النصره به اي بالاب اكثر قوله
 وولاء العتاقة تعصيب التعصيب هو جعل الانسان عصبه ومنه قولهم الذكر يعصب
 الاثنى وهو اي مولى العتاقة احق بالميراث من العمه والخالة لقوله عليه السلام للذي
 اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك
 فهو خير لك وشركه ولومات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته قوله هو اخوك يعني
 في الدين وقوله ان شكرك بالمجازاة على صنعك فهو خير له لانه انتدب لما ندب اليه
 وشرك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينتص بقدره من ثواب الآخرة وان
 كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله لك في الآخرة وشركه لانه كفر النعمة
 وقوله كنت انت عصبته يدل على ان المراد ولم يترك عصبته حيث لم يقل كنت وارثه
وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام
وارثه هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى بنت الميت النصف والباقي
 لبنت حمزة رضي الله عنهما والعصبه هو الذي تأخذ ما بقتة الغرائض واذا كان عصبه يقدم على
 ذوي الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبه من النسب
 فهو اولي لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك وارثا وارث
 عصبه استدلالا باشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني
 اي بحديث بنت حمزة رضي الله عنهما فتأخر عن العصبه دون ذوي الارحام قوله وان
 لم تكن له اي للمعتق عصبه من النسب فميراثه للمعتق وتأويله اي تأويل قول القديري
 اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكر والهذه
 الجملة تأويلين أحدهما ان معنى قوله صاحب فرض ذو حال هو حال الفرض كلاب
 والجّد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل هذا
 الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت اما

(كتاب الولاء)

اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث * قال صاحب النهاية والثاني
اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة على ما روينا وهو اشارة الى قوله
ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وقوله وهذا اشارة الى قوله لانه عصبة يعني
انما كان عصبة لان العصبة من يكون الناصر به ليثبت النسبة اي القبيلة وتقريره العصبة
من يكون انتصار القبيلة به بالموالي يكون الانتصار على ما مر في اول كتاب الولاء
وهو قوله وكان العرب تناصر باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء
بنوعية وقوله والعصبة تأخذ ما بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة
تأخذ الباقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته كما ذكره
في الكتاب وقوله ما قدمنا اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى
ان قال جرّ الاب ولاء ابنه وقد ذكر جرّ المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقل عن الذخيرة
فليطلب ثم **قوله** ولان ثبوت المالكية دليل معقول على ثبوت الولاء لمن اعتقنا واعتق
من اعتقنا * وتقريره لان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتق وهو ظاهر وكل
من ثبت من جهة شيء ينسب اليه لانه علته اذ اكد ثبوت المالكية ينسب بالولاء اليها
وينسب اليها من ينسب اليها مولاها لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك
لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة
فيه العراش والعراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث
المعتق متصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى
يكون لاصحاب الغروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من يكون به
النصرة والنصرة بالذكور والاثنا عشر حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء لابن
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امرأة اعتقت عبدان مانت عن اب وابن
ثم مات العبد فميراثه لابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف رح اولانم رجع فقال

(كتاب الولاء * فصل في ولاء الموالاة)

فقال لا يبيها السدس والباقي للابن لان الابوة يستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق
بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا
لم يصرمحروا عن ميراثها به فكذا عن ميراث معتقها * ولهما ان اقرب العصابات يقوم
مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب
السدس منها بالقرضية دون العصبية وكذا لو ترك جد مولاة ابا بيه واخاه لاب وام
اولاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة رح لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده
اقرب في العصبية ولو ان امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وترك ابنتها واحاها ثم مات
العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصبية
الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجناتيه كجنايتها وجناتها على
قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن
آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبير هو المروي عن عدة
من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمرو علي وابن مسعود وغيرهم ومعنى الكبر القرب
في العصبية لا في السن على ما قالوا الا يرى ان المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا
ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب
والصلبي اقرب فيستحق الجميع *

فصل في ولاء الموالاة

اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقه لان ولاء العتاقه لكونه غير قابل للتحويل كان اقوى بخلاف
ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا
وصورة هذا الولاء ان يتقدم رجل ويسلم على يدرجل ويقول له او لغيره واليتك على
اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله

(كتاب الولاء * فصل في ولاء المولاة)

ثَلث شرائط * اَحدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غير امانسة
غيره اليه فغير مانع * وثانيها ان لا يكون له ولاء عتاقه ولا ولاء مولاة مع اَحد وقد
عقل عنه * وثالثها ان لا يكون عَرِيًّا فان قيل من شرط العقل عقل الا على رَحْبته
فان مولاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثَلثًا اَجيب بان المذكورة
انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فالثا
هو نادر فلم يذكره * واما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الا على اذ اجنى الاسفل
واستحقاق ميراثه اذ اَمات من غير وارث وكلامه في الفصل واضح لاحتاج الى تفسير
خلافه فان كان له وارث فهو اولي منه وان كان من ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه
ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى بكل ماله لآخروله وارث معروف واجيب
بانه جعله بعقد الولاء وارتاعنه وفي سبب الوراثه ذوالقرابة ارجح لان القرابة متفق على
ثبوتها شرعاً وان اختلفوا في كونها سبباً للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعاً ولا يظهر
الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال
بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق
الوصية لانه ما اوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق التريب عليه
وخلافه الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل فانه
اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب
الخصان عند رجوع الحقوقي عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما
معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والسفل واجيب
بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما وفي تفرد
احدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه والزام شيء على الآخر من غير علمه به فثبت
ضرر لا مسالة لان فيه جعل عند الرجل العاقل البالغ كلاعقد وفيه ابطال فعله بدون علمه

علمه وخلافه لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل حال غيبته مقصود الا يصح وحكما يصح كما لو اعتق العبد الذي وكله ببيعه فانه اورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا ينصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله في النهاية *

كتاب الاكراه

قبل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حلّه كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسباً ان يذكر الاكراه عقب الموالاة * وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضا او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضا وهو اعم من ان يكون مع فساد اختيار او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره فذلك انواع الاكراه الثلاثة وموضعه اصول الفقه وقوله مع بقاء اهليته اشارة الى كون المكروه لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكروه مخاطبا * واما شرطه وحكمه فيأتي في اثناء الباب قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به شرط الاكراه حصوله من قادر على ايقاع المتوعد به سلطانا كان او لصا وخوف المكروه وقوعه بان يغلب على ظنه انه بفعله ليصير بالاكراه محمولا على ما دعي اليه من المباشرة فان حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجي تفصيله ولم يفرق بين حصوله من السلطان والاص لان تحققه

(كتاب الاكراه)

يتوقف على خوف المكره تحقق ما توعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك
والسلطان وغيره عند تحقق القدرة بيان عندهما والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه
لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنفعة والتدرة لا يتحقق دون المنفعة فقد قال المشائخ رحمهم الله
هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم تكن في
زمانه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير اهل الزمان **قوله** واذا اكراه على بيع ماله او شراء سلعة
او الاقرار بماله او اجارة داره بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد او بالحبس فهو
اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه فهو بالخيار ان شاء
امضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى **إِلَّا**
أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء وانتفاء الشرط يستلزم
انتفاء المشروط فيفسد وان اكراه بصرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لم يكن اكراه لان
لا يبالى به نظرا الى العادة الا اذا كان المكره صاحب منصب يعلم انه يستضربه فهو اكراه
لوجود العلة وهو فوات الرضاء **قوله** وكذا الاقرار بحجة معطوف على قوله والاكراه
بهذه الاشياء يعدم الرضاء فيفسد اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان
الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب
لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا اكراه على الاقرار بالف بضرب سوط او حبس
يوم فهو اقرار كما في البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب اي عز ومرتبة فان الشراء
والاجلة من العلماء والكبراء يستتفون عن ضرب سوط واحد اكثر مما يستتفون غيره
من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك
على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت
به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لان بيعه موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز
جاز والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالباع بشرط الخيار ولنا ان ركن

ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ
 العاقل وصادف محله وهو المال والفساد لعقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى
إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة
 في باب الربوا فيثبت المالك عند القبض والبيع بشرط الخيار انما لا يفيد لانه جعل العقد
 في حق حكمه كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط * فاذا ثبت انه يفيد المالك
 عند القبض فلو قبضه فاعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاء جاز
 ونلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد
 جائزا بالاجازة كهو اجاب بان اجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضاء
 فيجوز بخلاف سائرهما فان المفسد فيه باق **قوله** الا انه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في
 سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول
 حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الابد
 ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع
 الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد
 وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله ومن جعل البيع
 الجائز المعتاد يريد به بيع الوفاء * وصورته ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين
 بمالك علي من الدين علي اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت منك هذا
 العين بكذا علي اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه
 ومشائخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به
 دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله و اشار اليه
 بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشائخ رحمهم الله من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكروه
 عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لقوات الرضاء كما في البيع المكروه عليه

(كتاب الاكراه)

ومنهم من جعله رهنا لتصد المتعاقدين لانهما وان سمي بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة
للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يحل له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من
ثمرة واستهلك من عينه والدين باق بيهلاكه في يده اذا كان وفاء بالدين ولا ضمان عليه
في الزيادة اذا هلك بغير صنعه والبايع استرد اذ افضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين
الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلمتا بلفظ البيع وليس قصد هما
فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضا صاحبه ولو اجاز احدهما لم يجز على صاحبه * ومعنى
قوله هو المعتاد انهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى ان
يرد البائع الثمن الى المشتري وفي المشتري برد المبيع على البائع من غير امتناع ولا
يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع او هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفي بيعه عهد
من رد المبيع **قوله** فان كان قبض الثمن طوعا اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد اجاز البيع
لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة
تقوم مقام الاجازة وكذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع
لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكراه على الهبة ولم يذكر الدفع فهو بكرها ودفع طائعا
حيث يكون العقد باطلا اي فاسدا يوجب المالك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على
اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع المالك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان
قيمتها والفرق بينهما ان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به
الاستحقاق في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع
دون البيع **قوله** وان قبضه اي الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما
في يده لفساد العقد فيكون الثمن امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى
كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها
على قبضه **قوله** وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع لانه

(كتاب الاكراه)

لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضاء كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة
والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره الله في ما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح
الله من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور فكأن المكره دفع مال البائع
الى المشتري وان شاء ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكأن كل واحد منهما
حدث سببا للضمان كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري
بقيمته لقيامه مقام البائع باده الضمان وان ضمن المشتري يعني اي مشتركان بعد الاول
نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع
ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستاد الى وقت قبضه وقال الشارحون وان ضمن المشتري
يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن
كلام المصنف روح انما هو على شقي الترديد من تضمين المكره والمشتري وكلامه
في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصلية فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا
واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك في الاجازة
اجاب بقوله لانه اسقط حقه يعني في صورة الاجازة وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى
الجواز فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا من البيوع
نفذ ما اجازة خاصة اجيب بان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على
اجازته لمصادفته ملكه فتكون اجازته احد البيوع تملكها للعين من المشتري بحكم ذلك
البيع فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره فقد ملك فالبيع من كل مشتر صاف ملكه
وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين
اجازته البيع الاول والاخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها *

فصل

لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدّم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعاً سواء كان على القول او الفعل والثاني ان كان على فعل فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولاً يستوي فيه الهزل والجدة كذلك والافهم معتبر وعلى هذا ان اكراه على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف به تلف النفس والعضو او قيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكراه بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في الخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس والعضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ابيح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به وأشار اليه ان الملجئ يمتاز من غيره بغلبة الظن لان بدن الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأي من ابتلى به ولا معتبر بمن قدر في ذلك ادنى الحد وهو اربعون فقال ان تهدد باقلّ منه لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأي وهو لا يجوز فان صبر حتى او قعوبه اي قتلوه او تلفوا عضوه ولم يتناول وعلم بالا باحة فهو آثم لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان بالامتناع عن الاقدام معاً والغيرة على اهلاك نفسه فباثم كما في حالة الخمصة وعن

وغن أبي يوسف روح انه لا يأتى لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة بصنة النهار
مبينة او خسر وهي قائمة فاذا امتنع كان آخذا بالعزيمة فلا يأتى فلنا لانسلم ان الحرمة قائمة
لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه
والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت فكان لبيان ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا
محرم حينئذ فكان اباحة لارخصة فامتناعه من تناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال
حتى تلفت نفسه او عضوه فكان آثما لكنه انما يأتى اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في
انكشاف الحرمة خفاء لانه امر يختص بمعرفة الفقهاء فيعذر اوساط الناس بالجهل فيه
كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب فان قبل اضافة الاثم الى ترك
المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاثان به
اذ لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان
ما افضى الى الحرام حرام **قوله** وان اكره على الكفر بالله اعلم ان كل ما لا يعتبر اكرها
في تناول المينة والخمر لا يعتبر اكرها في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد
فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف
على ذلك جاز له ان يظهر ما امر به من اجراء كلمة الكفر لكنه يوري والتورية ان يظهر
خلاف ما بضمير فجاز ان يكون المراد بها ههنا اطمينان القلب وجاز ان يكون الاثان بلفظ يحتمل
معنيين فان اظهر ما امر به موريا كان او غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لم يأتى
سحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت
قلبك قال مطمئنا بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه
مطمئن بالايمان وقصته معروفة * ومعنى قوله عليه السلام فعد عد الى طمينة القلب لا الى
الاجراء والطمينة جميعا لان ادنى درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا
وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمة وموضع اصول الفقه **قوله** ولان بهذا الاظهار

(كتاب الاكراه * فصل)

بدليل مقول وجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الظهار حقيقة لان الركن الاصيلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والافرار ركن زائد وهو قائم بتقدير الان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد بقينا وفوت حق الله تعالى وتوهم فيسعه الميل الى اجباء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لان حبيب رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله اي فيه وكلمة مثل زائدة هور فينتي في الجنة وتضمنه معرفة ايضا ولان الحرمة باقية لتناهي فيم الكفر وبقاؤه واجب الامتناع فكان الامتناع عزيمة لا عراز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية للاستثناء كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الامن اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مبذورا كل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الآية تندبما وتأخير او تدبيره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعليهم غضب من الله وانهم عذاب عظيم الامن اكره وقلبه مطمئن بالايمان قاله تعالى ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شيور الشهور في حق المسافرين والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز ان يكون الغضب منتيام مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلي عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخير كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان الامر في قوله صلى الله عليه وآله وسلم فان عادوا فعن

(كتاب الاكراه * فصل)

وافعد للاباحه وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمة صحيح ولكن الكلام في اجراء
 كلمته الكفر مكرها لا في الكفر **قوله** وان اكراه على اتلاف مال مسلم وان اكراه رجل
 على اتلاف مال مسلم با مرئخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه جازله ان يفعل
 ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد بحثت ولصاحب المال
 ان يضم المكرة لان المكرة الله للمكرة فيما يصلح آله له والاتلاف من هذا
 القيل لان المكرة يمكنه ان يأخذ المكرة وبقية على المال فيتلغه وقوله في ما يصلح
 احتراز عن الاكل والتكلم والوطئ فانه فيها لا يصلح آله له وان اكراهه بقتله
 على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان اثما لان قتل المسلم
 بغير حق مما لا يستباح للضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا الانزاع فيه * واما وجوب القصاص
 ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه * اما ان يجب على المكرة والمكرة جميعا * او لا
 يجب على كل واحد منهما * او يجب على المكرة وحده * او على العكس والاول قول
 الشافعي رح والثاني قول ابني يوسف رح والثالث قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
 والرابع قول زفر رح له ان الفعل من المكرة حقيقة لصدورة عنه بغير واسطة وحسب فانه
 معاين ومشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره
 غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم
 فلم يكن مقرر عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رح في جانب
 المكرة ويوجهه على المكرة ايضا لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا اي
 في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهد على رجل بالقتل العمد فاقص من المشهود عليه
 فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهد ان عنده للتسبب ولقايال ان يقول في عبارة
 المصنف رح تسامح لان دليل زفر رح يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكرة
 فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي رح وهو يضيفه الى غيره ايضا والجواب ان دليله يدل

(كتاب الاكراه * فصل)

على عدم جواز اضافته الى غير المكرة مباشرة والشافعي رخ يضيفه الى الغير تسبيحا
فلاتنا في ولابي يوسف رح ان القتل الحاصل من المكرة يحتمل الاقتصار عليه والتعدي
الى غيره نظرا الى دليل زفروابي حنيفة ومحمد رحمهم الله لان تأثيمه الشارح يدل
على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كآلة والفعل ينتقل
عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والنصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل
بطبعه اثار الحيوته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف
فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكرة في ما يصلح آلة له وهو القتل
بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لاضيف الاثم
الى المكرة كالقتل اجاب بقوله ولا يصلح آلة له في الجنابة على دينه فبقي الفعل في حق
الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكرة
من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم
فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على
ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكرة من حيث الاتلاف دون الزكوة حتى يحرم
كذا هذا واد اظهر ان المكرة آلة للمكرة في القتل ظهر الفرق بين مانحن فيه وبين من اصابته
مخمصة قتل انسانا وكل لحمه حتى بقي هو حيا اثار الحيوته بطبعه فانه يجب عليه
القصاص وان كان مضطرا كالمكرة لانه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف الى نفسه *
واعلم ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكرة الامر بالغاعا فلا او معتوها او غلاما
غير بالغ فالقود على الامر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شينخي علاء الدين
عبد العزيز الى السهوي وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرهما ونقل عن ابي اليسر
في مبسوطه ولو كان الامر صعبا او مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة
هذا الصبي والمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه قله وان اكراه على طلاق

طلاق امرأته وان اكراه الرجل على طلاق امرأته وعلى عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكراه عليه
عندنا خلافا للشافعي رَح فان تصرفات المكراه كلها باطلة الا ان يكون اكراها بحق وقد مر
 دليل الغريقين في الطلاق ويرجع على المكراه بقيمة العبد لانه صلح آله له فيه من حيث
 الاتلاف فيضاف اليه ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ
 وهو لا يصلح آله له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف
 وهو يصلح آله له فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون
 آله له بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آله صححت الاضافة اليه فله ان
 يضمه موسرا كان او معسرا ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان ففي ما اذا قال المكراه اردت
 بقولي هو حر عتقا مستتبلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكراه قيمة
 العبد لانه اتى بما امر به على وفق ما اكراهه وكذا اذا قال لم يحطري بالي سوى الاتيان
 بمطلوبه * وان قال خطر بالي الاخبار بالحرية في ما مضى كان با و اردت ذلك لانشاء
 الحرية عتق العبد قضاء لادبائه لانه عدل عما اكراه عليه فكان طائعا في الاقرار فلا يصدقه
 القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكراه شيئا لان العبد عتق بالافراط طائعا لا بالاكراه
 فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكراه لانه اتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا
 اتلاف فالجواب اننا لانسلم ان الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف
 يكون المكراه معوضا عما اتلفه بما لا تعلق له به اصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف
 اذا كان العوض مالا كما لو اكراه على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكراه لانه
 حصل للمكراه عوض او في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه
 تعد ما لا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا ترى انه اذا شهد بالولاء
 ثم رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريم الى الحرية كما هو مذهب
 ابي حنيفة رَح ان المستعصى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن نحر ربحه ثانيا ولتعلق حق الغير

(كتاب الاكراه * فصل)

ولم يتعلق بالبعد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد
مرهونا فاكراه الرهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتين به *
وهذا على مذهب ابي حنيفة رح ما لم عن النقص * واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا
اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه
وبزاد لهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه
ولا يرجع المكراه على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ بالتلافه يعني ان المكراه انما ضمن من حيث
انه جعل مثله للعبد حكما فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيئا **قوله** ويرجع بنصف مهر المرأة
الجواب في ما اذا اكراه على طلاق امرأته وقد سمي لها مهورا الا انه لم يدخل بينا نظير
الجواب في ما اذا اكراه على عتق العبد في حق ونوع الطلاق ورجوع الزوج على المكراه
الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وان لم يسم رجوع على المكراه بما لزمه
من المنفعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فتدققد تم واما في الطلاق
فلقوله لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها
بتمكين ابن الزوج منها بغير اكراه او بالارتداد والعياذ بالله وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها
فما كان على شرف السقوط تأكده وللتأكيد شبه بالايجاب فكأنه اوجب على المكراه
ذلك ابتداء فكان اتلا فالل مال من هذا الوجه والمكراه في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف
الى المكراه من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق
فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وماليس بمال لا يضمن
بمال الا ترى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان
ولو اكراه على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل اي طلق او اعتق فهو جائز
والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه * وجه الاستحسان
ان الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة

الوكالة فالاكراه لا يؤثر في فساد الوكالة اما انه كالشرط الناسد فلما تقدم انه بعدم الرضاء فيفسد به
 الاختيار فنصاركانه شرط شرطاناسدا فانه يفسد العقد لا يمنع عن الانعقاد * واما ان الوكالة لا تبطل
 بالشروط الفاسدة فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل
 كان موقوفًا حقًا للمالك فهو بالتوكيل استقطه واذا لم تقصد بها كان تصرف الوكيل نافذا
 ويرجع المكروه على المكروه بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس
 ان لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل
 وقد لا يفعل فلا يضاف التلغى اليه كما في الشاهدين شهدا ان فلانا وكل فلانا بعثق عبده
 فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا * وجه الاستحسان ان مقصود المكروه زوال ملكه بمباشرة
 الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعل وسيلة الى الالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل
 لانه لم يوجد منه اكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه الاكراه بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل
 * وضابطه ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع
 الصحة لان الاكراه يغوت الرضاء وفوات الرضى يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم
 يمكن المكروه من الفسخ فالاكراه يمكن المكروه من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ
 لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكراه على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه
 ذلك ولا يرجع به على المكروه بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا
 اذا اكراه على يمين فحلف ان عقدت او على اظهار فظاهر صحيح وكذا على رجعة ففعل صحيح
 او على ابراء فآلى او على فنى اليها باللسان ففعل صحيح لانها اي الرجعة والايلاء والنفي
 تصح مع الهزل وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ * فان اكراه على اعتاق عبده
 عن كفارة البمين او اظهار فتعل اجزاء عنها ولم يرجع على المكروه بقيمته لانه امره بالخروج
 عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق * وان عين عبد الذل ففعل عتق ولم يجز
 عن الكفارة ويرجع على المكروه بقيمته لانه اتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا

(كتاب الاكراه * فصل)

عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على احد * وان ترك
النبي آلى منها اربعة اشهر حتى بانتهى ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع
به على المكره لانه كان متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضامته بما ائزمه
من الصداق وان قريها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لانه اتى بضد ما اكرهه عليه * واذا
اكره على ان يخالع امرأته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر
والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا يبدل او يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين
لا يعمل فيه الا كراهة فلو كان الزوج مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام
بازاء ما سلم لها من البينة ولا شيء على المكره للزوج لانه اتلف عليه ما ليس بمال وهو
النكاح فلا يضمن به فان قيل ان خالعها وهي غير مملوسة فاستحققت نصف الصداق
هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط او لا قلنا لا ينسخ اما ان ساق
الزوج اليها المهر كله او لا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق اما عندهما فظاهر
لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم
النكاح * واما عند ابي حنيفة رح فلانه وان اوجب البراءة لكونها براءة مكره والبراءة مع
الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة
قوله وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد قال ابو حنيفة رح او لان اكره احد على الزنا
فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار رائته وذلك لا يكون الا بالذة
وذلك دليل الطوعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين
منها فلا يكون التمكين دليل الطوعية ثم رجع وقال لاحد عليه اذا كان المكره هو السلطان
لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصل الى ان حصل خوف
التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير
ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبيعي

(كتاب الاكراه * فصل)

طبيعي ينتشر من النائم من غير اختبار وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
انه لا يلزمه الحد واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم
في اول هذا الكتاب * وقيل من قبيل اختلاف الحكم * ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه
كونه ملجئا وذلك بقدره المكره على الابقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذاك
قد يكون من غير السلطان اكثر تحقلا ان السلطان يعلم انه لا يفوته فهو ذواناءة في امرة
وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الابقاع * ووجه قوله ان المكره
يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص
بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادرا لا حكم له ثم في كل
موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد
وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطى في غير الملك لا ينفك عن احدهما
فاذا سقط الحد وجب المهر اظهار الخطر المحمل سواء كانت مستكرهة على الفعل او اذنت
له بذلك اما الاول فظاهر لانها لم ترع بسقوط حقتها واما الثاني فلان الاذن له ليس يحل
الوطى فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا وان اكراهه على الردة لم تبين
امرأته منه لان الردة بتبدل الاعتقاد لا ترى انه لو كان قلبه مطمئا بالايمان لا يكفروا في تبدله
شك وكان الايمان ثابتا يقيين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البيونة *
وبجوز ان يجعل كلامه دليلا على أحدهما ان يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد
لبس بنابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفروا في اعتقاده
الكفر شك لانه امر مغيب لا يطالع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة
الترجمة فلا يثبت البيونة المترتبة على الكفر بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال
الرجل قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالتقول قوله استحسانا وفي القياس
التقول قولها فيتبع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البيونة كما للتكلم بالطلاق

(كتاب الاكراه * فصل)

فيستوي فيه الطائع والمكروه كما في الطلاق * ووجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر
غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهور ابينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا
يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالة عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة
لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية
ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا في يقوم لفظه مقام معناه فلهذا
كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل
ان يكون لفظه يوافق اعتقاده واحتمل ان لا يكون رجحا الاسلام في الحالين
فيل اي في حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى
فلم يجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام وهذا
في حق الحكم اما بينه وبين الله تعالى اذ لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان هذا اشارة
الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي رح وهو المنقول عن ابي حنيفة رح ان الايمان
هو التصديق والقرار باللسان شرطا لاجراء الاحكام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه
فانهم يجعلون الاقرار ركنا ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل
لتمكن الشبهة اي شبهة عدم الارتداد لجواز ان يكون التصديق غير قائم بقلبه عند
الشهادتين والشبهة دارئة للقتل **قله** ولو قال الذي اكره معطوف على قوله وقال هو قد
اظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ما مضى ولم اكن
فعلت بانته منه قضاء لادبائه لانه اقراؤه طائع باتيان ما لم يكره عليه لانه اكره على الانشاء
دون الاقرار ومن اقر بالكفر طائعا ثم قال عني به الكذب لا يصدق القاضي لانه خلاف الظاهر
اذ الظاهر هو الصدق حالة الطوعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال اردت
ما طلب مني من الكفر وقد خطر بيالي الخبر عما مضى بانته قضاء وديانة لانه مبتدئ
بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا بآبائه امكنه الخروج عما ابتلى به

(كتاب الحجر)

به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان
كمن اجري كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه انه كفر فتيين امرأته قضاء
وديانة * والحاصل ان المكرة على اجراء كلمة الكفر على ثلاثة اوجه في وجه لا يكفر لا قضاء
ولا ديانة وفي وجه يكفر فيهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين امرأته
ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا اجراها فاما ان يخطربا له غير ما طلب منه او لا والثاني
هو الاول والاول ان يخطربا له ان يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا و ارادة
فهو الثالث وان لم يرده فهو الثاني * واذا اظهر لك هذا امكنك ان تخرج مسألة الصلوة
للسليب وسب النبي عليه السلام وقوله لما مر اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل
به حيث علم لنفسه مخلصا غيره الله اعلم بالصواب *

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب
اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان
احق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي احد قطبي امر الديانة والاخر
التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق
شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون واسبابه مصادر هذه الاسامي والحق بها
المفتي الما جن والطبيب الجاهل والمكاري المجلس بالاتفاق ولما كان اسبابه ما ذكرنا لم يجز
تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون
المغلوب بحال واما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف
الصبي العاقل كما سيجيء * اما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله واهلية التصرف انما هي
بالعقل لكن اهليته مترتبة واذن وليه آية اهليته * واما العبد فله اهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق

(كتاب الحجر)

المولى كيلا ينطّل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فتلحقه
ديون فتأخذ اربابها اكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه وكيلا يملك رقبته
بتعلق الدين به اذا لم يكن لكسب غير ان المولى اذا اذن فقد رضي بقوات حقه والمجنون
الغالب لا يجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه بحال **قوله** ومن باع من هؤلاء شيئا اراد ببيو
الصبي والعبد والمجنون الذي يحسن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد
موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالب والشرى جالب ويقصده لافادة هذا الحكم اعني
كون البيع سالبا والشرى جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم
والولي بالخيار ان شاء اجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد
لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه
ظاهر واورد سوالا على الشرى وهو ان الاصل في الشرى النفاذ على المباشر من غير
توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة واجاب بان
عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد
ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون او لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية
هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء
شيئا واشترى اما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله واشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل
المذكور في القدوري مذكورا ههنا فاورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا
في نسخة سماعي وكذا ذكر شيخني في شرحه **قوله** وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغير والرق
والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعني ما ترد منها بين النفع والضرر كالبيع والشرى
اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد
واما ما يتخص منها ضررا كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق
الصغير والمجنون دون العبد واما ما يتخص منها نقعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه

(كتاب الحجر)

فانه لا حجر فيه على العموم **قوله** دون الافعال يعني ان المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال لان الشان ان الافعال لا مرد لها حتى ان ابن يوم لو انقلب على فارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة وبحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف بخلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفى المشروط به واما في العبد فالتصديق وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا برى ان القول من السر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبدلها وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا مرد لها يعني ان الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعلا يتعلق به حكم يدرى بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارة لما يترتب عليه من الحد والقصاص **قوله** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال ليساق القولييات في موضع واحد وقوله لما بينا اشارة الى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله

(كتاب الحجر * باب الحجر للفساد)

عليه السلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فعدم الشهوة واما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقعان على اجازته ولا ينفذ ان بمباشرة ابي الولي بخلاف سائر العقود **قوله** وان اختلفا شيئا يان لتفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر **قوله** والحائط المائل بعد الاشهاد يعني انه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان وقوله على ما بينا اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه **قوله** فاما العبد فاقراره بافد معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر *

باب الحجر للفساد

آخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعثرى الانسان فيجمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا ابتلى ماله في ما لا غرض له فيه ولا مصلحة كالاتقاء في البحر والاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر على السفه ويمنع عن

(كتاب الحجر * باب الحجر للفساد)

عن التصرف في ماله غير ان الحجر عليه عند ما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكره كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار بالحدود والتصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعناق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجي * واستدل المصنف رحمه الله بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة والدليل على صحة هذا منع المال عنه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده وهذا الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي رحمه الله فلا يصح لان حجر السفه عند بطريق الزجر والعقوبة عليه والفائدة تظهر في ما اذا كان السفه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عند ما ولا يبي حقيقته رحمه الله مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه واجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكوة وضدقة الفطرو الاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالسج والجمعة والعبدان والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الي ذلك حرست الا اعتراض وهذا اي عدم الحجر لان في الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار ادميته وهو ظاهر **قوله** ولا يصح القياس على منع المال جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال وتقديره ان منع المال منه انما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له على التبذير والحجر بلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله ولا على الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس السفه على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظره الشارع مرة باعطاء آله القدرة لما ذكرنا انه عاقل والجري على خلافه لسوء اختياره فكان قياس

كتاب الحجر * باب الحجر للنسأد

قادر على ما جزو هو فاسد وقوله ومنع المال مفيد جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر
يعني ان منع المال بدون الحجر مفيد لان غالب السفه انما يكون في الهبات والصدقات
وذلك ينف على البدائي لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك
وان فعل لم يفد **قوله** واذا حجر تبرع على مسئله الحجر ومعناه ان القاضي ان حجر
على السفه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجة واطلق جاز تصرفه وكان
الواجب ان لا يجوز لان قضاءه لا في محلا مجتهدا فيه ونقضه باطل * وانما جاز لان الحجر
من القاضي فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقتضي عليه ولا مقتضي له ههنا
سلمنا وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو ان يجعل السفه مقتضيا له من حيث ان الحجر
نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان ابا حنيفة ربح لم يقل به نصا محلا للقضاء يحتاج
الى امضاء فلورفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر والى غيره فتقضى بطلان
تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر فنقد ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقص
بعد ذلك ثم ان عند ابي حنيفة ربح اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين
سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عليه عذة فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يونس
منه الرشد وقال لا يدفع اليه ماله ابد حتى يونس رشده وتسامح عبارته في الجمع بين الابد
وحتى ظاهره ولا يجوز تصرفه في ماله لان علته المنع السفه فيبتلى ببقائه كالصبا ولا يبي حنيفة ربح
ان منع المال عنه بطريق التأديب وهذا يمكن ان يوجه على وجهين أحدهما ان يقال سلمنا
ان علته المنع السفه لكن المعلوم هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي ان يكون محلا للتأديب
ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهر او غالب لان في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة
البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتأديب
لا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على
ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التأديب الى آخره **قوله**

قوله ولأن المنع دليل آخر وتقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم يونس رشده باعتبار أثر الصبا لأن العادة وجد أنه في أوائل البلوغ ثم يقطع بتأول المدة وقد ذلك بخمس وعشرين سنة لأن مدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقد ر ذلك بسبع سنين اعتباراً بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار إليه عليه السلام بقوله مروا صبيانكم بالصلوة أن ابلغوا سبعا ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله إن بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع عنه المال لأنه ليس بأثر الصبا فإن قيل الدفع معلق بایناس الرشده فما لم يوجد لا يجوز الدفع إليه أجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما يطلق عليه وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فرعه أصلاً فكان متأهياً في الأصل **قوله** ثم لا يتأتى التعرّيع على قوله أراد أن التعرّيع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فإذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبي حنيفة رحمه الله وإنما التعرّيع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صم الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع ليظهر فائدة الحجر عليه فيكون موقوفاً فإن رأى الحاكم مصلحة فيه بأن كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحاً وكان الثمن باقياً في يده أجاز وإن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسراً ولم يبق الثمن في يده لم يجزه لأن فيه ضرراً به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون في يده شيء من البدل * واستدل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز وإن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل والسفيه لا ينفقه كما تقدم فإن قيل فعلى من التوقف أجاب بقوله للنظر له فإن الحاكم نصب ناظرًا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لا بد من حجر القاضي عنده لأن الحجر دائر بين الضرر وهو أهدأ أمية والنظر له في إبقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القصاص وعند محمد رحمه الله لا يجوز

(كتاب الحجر * باب الحجر للفساد)

لانه يبلغ محجور اعنده اذا العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء
فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيداً ثم صار سفياً عند أبي يوسف ر ح
لا يصير محجوراً حتى يقتضي القاضي وعند محمد ر ح يصير محجوراً بمجرد السفه
وان اعتق عبد اعني بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند أبي حنيفة ر ح فلم يخص
قولهما بالدكر احتراماً عن قوله لان عند أبي حنيفة ر ح الحكم قبل الحجر وبعده سواء
في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تأثير للحجر عنده بل احتراماً عن قوليهما
في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي ر ح
فانه يقول لا ينفذ كما ذكر في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل
يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفه في معنى الهزل لا من كل وجه بل من حيث ان الهازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لا نقصان في عقله فكذلك
السفه والعق لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من اوجه الاول ان السفه لو حدث
في يمينه واعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا النذر بهدي او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر
فيه الهزل لقوله عليه السلام ثلث جد هن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني
ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب
عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر بالسفه اثر فيه والثالث ان التعليل
المذكور انما يصح في حق السفه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصد اللعب به
دون ما وضع الكلام له لان نقصان في العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر
عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان
في تنفيذهما اضاءة المقصود من الحجر لا مكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث
والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما
وضع له من مكابرة العقل وتباع الهوى فلا فرق بينهما ولا اصل عنده ان الحجر بسبب

(كتاب الحجر * باب الحجر للفساد)

بسبب السنه بمنزلة الحجر بسبب الرق في انه لايزيل الخطاب ولا يخرج من ان يكون
اهلا لا لزام العتوبة باللسان باكتساب سببها كما ان الرق كذلك فلا يتخذ بعده شيء من
تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفينة قلنا ليس السفينة
كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما
لاحق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه
تصرفه فيكون نافذا اذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى
النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في الحجر
على المريض لاجل النظر لغرمائه وورثته فاذا اعتق المريض عبا وجب عليه السعاية
لغرمائه اولورثته في ثلثي قيمته اذ لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى الظاهر الى آخر النكتة
وعن محمد راج انه لا يجب عليه السعاية لانها لو وجبت لوجبت حقا لمعتقة وذلك غير معهود
في الشرع وانما المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشر يكتن فان يسعى الساكت
ولود بر عبده جائز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك انشاء حقيقة
العتق فلان بملك انشاء حقه كان اولي الا انه لا تجب السعاية في حياة المولى لانه باق
على ملكه والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دين فان مات ولم يونس
منه وشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في
قيمه مدبرا الا ترى ان مصلحا لود بر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى
العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قبل ينبغي ان يسعى في قيمته قلان العتق حصل بالتدبير
السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو اعنته واجيب بان الاصل ان المعلق
بالشرط ليس بسبب قبله الا انه ههنا جعل سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببته في ايجاب السعاية
عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة
بتقدر بقدرها قبل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية

(كتاب الحجر * باب الحجر للفساد)

وفيها يسعى العبد كذلك وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الاترى
ان الرجوع في الوصية صحيح دون التدير ولو ولدت جارية فادعاه ثبت نسبه منه وكان
الولد حرا والجارية ام ولد له لا احتياجه الي ذلك لابقاء نسله وابقاؤه من الجوائج
الاصلية لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفه بالمصلحة في حق الاستيلاء
فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا وان
لم يكن معها ولداي ان لم يعلم لها ولد منه وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان
الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير فلا يتدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه لا قرار
بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد فصار كأنه قال انت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد
موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر
عن تصرفه ونظيره المريض اذا ادعى ولدا جاريته على هذا التفصيل يعني ان يكون
معها ولدا ولم يكن آه **قوله** وان تزوج امرأة جازنكا حها كلامه واضح وقوله فصار كالمريض
مرغ الموت يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة
في المريض معتبر من الثلث وهما غير معتبرة اصلا **قوله** وكذا اذا تزوج بربع نسوة يعني
يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها
وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة لما بينا يعني قوله
لانه من ضرورات النكاح وبهذه المسئلة يعتضد ابو حنيفة راجح على انه لا فائدة في الحجر
عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا اضربه من اتلافه بطريق
التهبة ان هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق قال
صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلق **قوله** وتخرج الزكوة من مال السفه
والاصل في هذه المسائل ان ما وجب عليه من امر او جبه الله كالزكوة وحجة الاسلام
او كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهو المصلحة فيه سواء لانه مخاطب

(كتاب الحجج * باب الحجج للفساد)

مخاطب وبالسفهاء لا يستحق النظر في استقاطعي من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيئاً من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسرة القريب لا ينفي اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم شيئاً الا في الولد فان الزوجين اذا اتصدا فاعلى النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفهاء لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائج لكنه لا بد من اثبات عسرة المقر له * والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة **قوله** وهذا اي ما ذكرنا مما اوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف او نذر يعني ما اوجبه على نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم لكل حنث ثلاثة ايام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان ما لك للمال حال التكفير لانه اي كل واحد مما يجب بفعله اذا السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التذير بفتح هذا الباب وتضع فائدة الحجج فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقية فاني يصح مع القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجج توجب السعاية على من يعتقه السفهاء كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار **قوله** وان اراد حجة الاسلام واضح وقوله ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا كذلك والقياس ان لا يعطى نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد الخروج للحج تطوعاً فان جنى جناية فان كانت مما يجزى فيه الصوم فعليه الصوم لبس الا وان لم تكن ولزمه الدم يؤدي اذا اصلح فان مرض واوصى وقيد بمرض باعتبار ان الوصية غالباً تكون في المرض فان السفهاء الصحيحين اذا اوصى بوصية فحكمها حكم المريض والقياس ينفيها كما لو تبرع في حياته * واستحسنوا في ما اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى ان يكون من الثلث لان نظره فيلان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في امر دنياه وحينئذ لا نظره في المنع وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنقيذها ذلك وقد ذكرنا في التفريعات اكثر من هذا في كفاية

(كتاب الحجر * باب الحجر للفساد)

فيها في فسن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه
عندنا سواء الا في اربعة مواضع احدها انه يجوز الاب ولو صي الاب ان يتصرف على
الصغير يشترى له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه
الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث انه يجوز طلاقه
وصنقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا صنقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يجوز
تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده يجوز تدبيره **قوله** ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا
لما له عندنا والعسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رح يحجر ومبني هذا الاختلاف
على ان الحجر عنده للرجو والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا
لما له وعندنا للنظر له في ماله فاذا اصلح ماله لم يبق عليه حجر وذلك لان الله تعالى قال فان
آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد وهو باطلافة يتناول القليل منه والكثير
ومن اصلح في ماله فقد اونس منه الرشد ولانه اهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا
للتصرف وقد قررناه في ما تقدم يعني في اول كتاب النكاح وبحجر القاضي عندهما ايضا
وهو قول الشافعي رح من ليس بسفيه لكنه مغفل يغيب في التجارات ولا يصبر عنها السلامة
قلبه لما في الحجر من الظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم
فانه ما حجر على حبان بن صقذ وكان يغيب في التجارات بل قال له قل لا خلافة ولي الخبر
ثلاثة ايام واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ
أَمْوَالَكُم مَّا أَنَّهُ يَتْلَفُ الْأَمْوَالُ كَالسُّفْيَةِ فَلَا بَعَارَ ضَعْفِ الْوَاحِدِ وَرَدِّ بَانَ ذَلِكَ لَمَنْعِ
الْمَالِ وَلَيْسَ التَّرَاعُ فِيهِ اللَّهُ اعْلَم *

فصل

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر وما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك **قوله** بلوغ الغلام بالا حتم بالحلم بالضم ما يراه النائم يقال حلم واحتم بلوغ الغلام بالا حتم والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشر سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم لها سبع عشر سنة عند ابي حنيفة رح وقالوا اذا تم للغلام والجارية خمس عشر سنة فقد بلغا وهور رواية عنه وهو قول الشافعي رح وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه **قوله** واذا راق الغلام او الجارية يقال رفته اي دنى منه وصبي مرايق اي دان للحلم واشكل امرة في البلوغ لم يعلم ذلك منه فقال قد بلغت فالقول قولهما ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنى عشر سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثناء عشر سنة وفي حق الجارية تسع سنين والله تعالى اعلم *

باب الحجر بسبب الدين

الدين من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المترك فلا جرم اثر تأخيرته وينبغي للقاضي ان يشهد انه حجر عليه في ماله احتياطاً لنفي التجاهد ان وقع وان يبين ان الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحاد ث نقد وان يعين

(كتاب الحجر * باب الحجر بسبب الدين)

من الحجر لاجله باسسه لانه يرتفع بابرء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته
وابو حنيفة رحمه الله لا يجوز ان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال
فلا يترك الا على اللادني فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر
يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى ان لو كان في شخص واحد فالجواب ان ضرر الدائن
يندفع بالحبس لا بمحالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى ما
اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن
واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولا نه تجارة لا عن تراض
فيكون باطلا بالص و لكن يحبس حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفع الظلمة
وقالا اذا طلب غرماء المعلن الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من التصرفات وكلامه ظاهر
ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة موهومة
لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به اهلية الانسان ويرتكب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس
بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس
فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الحب والغنة فان التفريق هاهنا متعين
لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح
بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق **قوله** والحبس
لقضاء الدين جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السبيل لاجله اي لاجل البيع * وتقريده
سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطريق الذي
ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه **قوله** كيف اي كيف
صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بآخبر حق الدائن وتعذيب المديون
فلم يكن مشروعاً لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع **قوله** وهذا عند ابي حنيفة رح
وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع

بيع القاضي على المديون في العرض فكان ينبغي ان لا يجوز في التدوين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف **قوله** عملا بالشبهين قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل للمغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية القاضي اعم وافوى فلو ثبتت للمغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوله **قوله** وبيع في الدين القدر حاصل ان القاضي نصب ناظرا ينبغي ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له وتوابعه بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لانه بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان الملتف عليه اسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله وان لم يكن له اخراجه تدرزا من هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه لكان الدين الا ترى انه لو توجه الهلاك اليه بالخصصة كان له ان يدفعه بمال الغير كيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير * وعن ابي يوسف رح انه لا يخرج من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظر للجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذاك اليه وقوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من السجن اي لا يمنعهم من ان يدوروا معه اينما دار بل يلزمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله وقوله يقسم بينهم بالحصص اي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا اخذ وافضل كسبه بغير اختياره او اخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره واما المديون في حال صحته لو آثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولا آخر منهم

(كتاب الحجر * باب الحجر بسبب الدين)

ثلثمائة ولا آخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس
القضاء كيف يقسم امواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله
ان يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه
لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والمديون
ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم
بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار ترجح اليسار اسم لليسار من ايسراي استغنى
والاعسار مصدر اعسراي افتقروني بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الاعسار قال
في المغرب وهو خطأ وقوله لانها اكثر اثباتا لان بينة الاعسار تؤكد ما يدل عليه غيره اذ الاصل
هو العسرة فصار كينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة لا يمنعه الى آخره
تفسير للملازمة ولا يجلسه في موضع لانه حبس وهو ليس بمستحق عليه وعن محمد ر ح انه
قال للمدعي ان يجلسه في مسجد حبه وفي بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير
حاجة فيتضرر المدعي ولودخل دارة لحاجته كغذاء او غائط لا يتبعه بل يجلس على باب
دارة الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة وعلى هذا قيل اذا اعطاه الغذاء
واعد له موضعا لاجل الغائط له ان يمنعه من ذلك حتى لا يهرب ولواختار المطلوب
الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المتصود لا اختياره
الاضيق والاشد عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضررين بان لا يمكنه
من دخوله دارة فحينئذ يحبس دة للضرر عنه وفي معناه منعه عن الاكتساب بقدر قوت
يومه ولعياله * والدائن الرجل لا يلزم المديونته لاستلزامها الخلوة بالاجنية لكن
يبحث امينة تلازمها **قوله** فان افلس وغددة متاع لرجل بعينه اذا اشترى متاعا من رجل
فافلس والمتاع باق في يده فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر
القاضي بطلب البائع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره ثم للبائع خيار النسخ

(كتاب الحجر* باب الحجر بسبب الدين)

الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء السن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ
 قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة
 فان قبل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع عن
 الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعني لان السلم ان
 كونه دينيا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا عذر قبضه بانقطاعه عن ايدي
 الناس كان لرَب السلم حق الفسخ ولما ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد
 لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد
 وانما المستحق به وصف في الذمة اعني الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب
 الفسخ اذ الم يتغير على البائع شرط من شروط عقدة فصار كما كان المشتري مليئا* وتوضيح
 ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به ديناً في الذمة وبقاء الدين يبقاء ملكه
 والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المعلن وبين الملقى فان قيل هذا
 استدلال في مقابلة ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
 ايما رجل افلس فادرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال
 في مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روى الخصاف باسناد ان النبي صلى الله عليه وسلم
 قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمائه فيه وتأويل حديث
 ابي هريرة رضي الله عنه ان المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم
 من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا يفسخ العقد اذا اكسدت الفلوس لان موجب
 العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد اجيب باننا
 لانسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك
 ولا يشكل بما اذا عجز المالك عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى
 ان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالنقض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم

(كتاب المأذون)

فاذا عجز فقد تغير موجب العقد **قوله** وبقبض العين جواب عما يقال لما كان العين المنتهية غير مستحقة بالعقد وجب ان لا يبرأ ذمة المديون بدفع المنتهية * وتقريرة ان قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتقيان فصا هذا هو الحقيقة اي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين فوجب اعتبارها ما لم يتعذروا في مانحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لجرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا من أموالكم الا ما كان فوجب ان يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمة وكان العجز عنها عجزا عما اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ *

كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذا الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العدلا جله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين بركبته او كسبه وذلك حق المولى ان الحجر عنه فلا بد من اذنه كيلا يطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق الى آخره كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رح فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف رح كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مال كينة الاصلية وانها عاملة لا تختص بنوع ومكان ووقت بل

دل على انه اسقاط الحق للمولى لا غير اذا الاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعناق فان قيل قوله نك الحجر واسقاط الحق مذكور في جيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفاً وصحيح كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا الان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشري لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشري منصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بانجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشري حقه وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا ان المولى دفع الضرر عنه بغير رضا والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا يعتبر فان قيل العبد المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما يبرأ لحكمها وهو ليس باهل لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والريق اصيل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه استطحقه والساقط لا يعود اجيب بان الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا من الاسقاط في ما يستقبل لان الساقط يعود ثم الاذن كما ثبت صريحا ثبت دلالة كما اذار أي عبده يبيع من ماله شيئا ويشري فسكت بصير ما ذونا عندنا خلا فالزفر والشافعي رحمهما الله وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول فالألسكوت يحتمل الرضاء وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة فلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان ان الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى حقوق ديون عليه واذا لم يكن مأذونا تناخر المطالبة الى

(كتاب المأذون)

ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار للمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار في الاسلام
وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه
راض به او لا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف
الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى اجنبيا يبيع ماله وسكت
لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه
بزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه
متحقق بازاله ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره
ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر
متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يضر
سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل
آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يتأثر الراهن يتضرر ايضا بطلان ملكه عن الثمن فترجم
ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على
ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان اقوى * واما الرقيق عبدا كان او امة
اذا زوج نفسه فانما لم يضر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين نافلا عن مبسوط شيخ الاسلام
لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة
لان النكاح يكون موقوفا لان انكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه
ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضا فكان موقوفا وامكن فسحه
فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى
واجازته وانما هو في ان سكوته اجازة او لا ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محتملا
للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا فرق بين ان يبيع عبدا مملوكة للمولى او لاجنبي باذنه
او بغير اذنه يباع صحيحا او فاسدا الان كل من رآه يظنه ما ذونا له فباعه فده فيتضرر به لو لم يكن

لم يكن مأذوناً ولم يولم يكن المولى راضياً لمنعه دفعا للضرر عنهم وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة أعني ان يبيع عبداً مملوكاً للمولى الى آخره **قوله** وإذا اذن المولى لعبده في التجارة اي اذا قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان اذناً عاماً بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشترى ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلاً باللام فكان عاماً ليتناول جميع انواع الاعيان لانه اي يبيع الاعيان اصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالاعيان فالحقت بها ولو باع بغير يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رح خلافاً لهما قالوا لا يبيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود ان المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولا يبي حنيفة رحمه الله ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث وابو حنيفة رح سوى ههنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الامر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهماً في انه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب اراد ان يلزم الامر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر انه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على احد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة يجوز ان يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة رح ولو حابى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذ لم يكن عليه دين فينفذ وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بني يعني يؤدى دينه اولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وراث للعبد

(كتاب المأذون)

لا يقال المولى وارث لا ندرخصي بالأذن بسقوط حقه ولهذا الواسط الوارث حقه في الثلثين
لنبتذ تصرف المريض في الكل وان كان الدين محيطاً بماله بطل المحاباة فيقال للمشتري
أن جميع المحاباة والا فارد المبيع كما في الحر يعني اذا حاجبني في مرض موته وللمأذون
ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويؤكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار
وهو لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانة بغيره ويجوز له ان يرهن ويرتهن لانهما ابقاء واستبقاء
وهما من ثواب التجارة ويملك ان يتقبل الارض اي استأجرها وبسأجر الاجراء
والبيوت لان ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح
لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستيجار
بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستيجار بالدراهم وان كان البذر
من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج
ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجي فكذا اذ اوله ان يشتري طعاماً فيزرعه في ارضه لانه
يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزراعة بتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس له
ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن فلو
فعلا ذلك كانت عناناً لان في المفاوضة عناناً وزيادة فصحت بقدر ما يملك المأذون وهو الوكالة
وبدفع المال مصارعة وبأخذها لانه من عادة التجار وله ان يوجر نفسه عندنا خلافاً
للشافعي رح في احد قوله لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه نائباً عن مولاه في التصرف
في كسبه الا ترى ان لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا على منافعتها لانها تابعة
لها ولنا ان نفسه رأس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو
من رأس المال للمأذون له يملك التصرف فيه ضرورة والمأذون له يملك التصرف
في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن او من حيث
منافعتها لا جائز ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه مأذون له

لدا لا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح
 لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين ان يكون من حيث المنافع وهو المقصود **قوله** فان اذن
 له في نوع منها دون غيره قد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر
 والشافعي رحمهما الله انه توكيل وانابة وعلى ذلك تبني هذه المسئلة وهي انه اذا اذن له
 في نوع من التجارة كالبر من لادن وغيره كان مأذونا له في جميع انواعها عندنا وعندهما
 في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع فالالاذن توكيل
 وانابة من المولى لانه يستعيد الولاية من جهته والمالك وهو الحكم ثبت له اي للمولى
 دون العبد ولهذا يملك حجرة فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له رب المال
 اعمل مضاربة في البر من لادن الاذن اسقاط الحق وفك الحجر على ما يراه في اول
 كتاب المأذون وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لكون التخصيص
 ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر
 واسقاط الحق واذا اذن للعبد ان يتزوج فلانه ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان
 الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى
 لانه لا يجوز الابولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية
 للمولى ولهذا احازان بجبره عليه فكان العبد كالوكيل والمائب عن مولاه فيتخصص
 بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد ينضرر المولى
 بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البر دون الخز
 اجيب بانه ضرر غير محقق ولئن كان فله مدع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف
 بالغبن العاشر عند ابي حنيفة رحمه الله يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه
 يتصرف باهليته وما لكيته ليس السؤال واردا **قوله** بخلاف الوكيل يجوز ان يكون جوابا
 عن توله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في

(كتاب المأذون)

خبره وقوله وحكم التصرف جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسنداي
لانسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه
الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن المولى وما استغني عنه بخلفه المالك فيه وموضعه
صول العقه **قوله** وان اذن له في شيء بعينه اي اذا اذن المولى لعبده في شيء بعينه مثل
ان يقول اشتر هذا الثوب بعينه او ثوبا للكسوة او طعاما رزقا لاهل لم يكن مأذونا وهذا يفيد
ان التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد
باب الاستخدام لافضائه الى ان من امر عبده بشراء بقل او بفلسين كان مأذونا
يصح اقراره بديون تستغرق بشارقبته ويؤخذ بها في الحال فلا يجترى احد على استخدام
عبده فيما اشتد اليه حاجته لان غالب استعمال العبد في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد
من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهوانه ان اذن له بتصرف مكر صريحا
مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب واشتر بثمانه او دلالة كما اذا قال
ادالي الغلة كل شهر او ادالي الفا وانت حرقائه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالنكسب
فهو دلالة التكرار او قال اعد صبا غا او قصار الا انه اذن بشراء ما لا بد لهما منه دلالة وهو نوع
من الانواع بتكرار بتكرار العمل المذكور كان ذلك اذنا * وان اذن بتصرف غير
مكرر كطعام اهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونقض بما اذا غضب العبد متاعا وامرة مولاة ببعه
فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب انه امر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان
تخصيصه ببيع المصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل التقييد
ظهر الاطلاق * وكلام المصنف يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن
بالاول اذن دون الثاني فتأمل **قوله** واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان
الاقرار بهما من توابع التجارة اما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن
فيكون دينه او يقبض فيودع عنده * واما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند اداء

اداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه
 لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح
 اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان
 الا فرار في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر والجامع تعلق
 حق الغرماء به في ايديهما من المال والكسب بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة
 كما لو اقرانه وطبي جارية هذا الرجل بكناح بغير اذن مولاه فانفضها فانه لم يصدق فيه لانه
 كالمحجور في حقه وكذا الوافر بجناية على حر او عبد او مهر وحب عليه بكناح صحيح او فاسد
 او شبهة فاقراؤه باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة
 فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كقرار المحجور وليس للمأذون ان
 يتزوج لانه ليس بتجارة ولا بزواج مما يليه لذلك وجوز ابو يوسف ربح تزويج الاماء لانه
 بحصيل المال وهو المتصور بالاذن فكان كالاجارة وقالا الاذن يتضمن التجارة وهذا
 ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من
 صنيع التجار وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله ولهذا لا يملك تزويج العبد توضيح ليس
 بواضح لعرائنه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة **قوله**
 وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمصارب والشريك شركة عنان والاب والوصي
 يعني ان هؤلاء لا يسلكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا
 لابي يوسف ربح * قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب
 من هذا الكتاب ان لهما يعني للاب والوصي ان يزوجا امه الصغير بلا خلاف حيث
 جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته
 لانه اكتساب لاستعادة المهر قال وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات
 من رواية المبسوط والبيضة ومختصر الكافي واحكام الصغار * وقال بعض الشارحين بحمل

(كتاب المأذون)

على ان في المسئلة روايتان **قوله** ولا يكتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز للمأذون ان يكتب لانه تصمّن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل وان كان مالا لكنه مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولادين عليه لان هذا عقده مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وببانه ما قال لان المولى قد ملكه لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نائباً عن المولى وترجع الحقوق وهي مطالبة بدل الكتابة والقسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقيل ان يقول الوكيل سواء كان سفيراً او لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وهما ليس كذلك ويمكن ان يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولادين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان او كثير ابطلت كتابته وان اجازة المولى لان المولى بالا اجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثرو لا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلا عتق اولى وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولادين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عند هما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤد به كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى في حال الرق فيتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيرة ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحة ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي البسر من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير الى ان اهداء غير المأكولات لا يجوز اصلا والاهداء البسر راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة ببéal

بمال تجارته قال محمد بن سلمة ان كان مال تجارته مئلا عشرة آلاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكل كالضيافة به والقياس ان لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسر لانه من ضرورات التجارة استجلا بالقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار فكأنه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهر كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر **قوله** وديونه متعلقة برقبته اذا وجبت ديون على المأذون بالتجارة او بما هو في معناها فان كان له كسب يبيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلقت برقبته تباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفرو الشافعي رحمه الله لا يباع لان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له لم يكن حاصلًا لا تعويت مال حاصل وذلك ابي غرض المولى حاصل في تعليق الدين بكسبه حتى اذا افضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى وقوله لا بالرقبة معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته تباع فيه فهذا كذلك اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنابة واستهلاك الرقبة بالجنابة لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه يبيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ولنا ان ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى بالاذن وهذا ظاهر وكل دين ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس **قوله** وهذا اشارة الى دفع الضرر ويان انه ان سب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخل تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما قلولم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فيتموى حقوق الناس * ويجوز ان يكون ييا بالقوله ظهر وجوبه في حق المولى **قوله** وتعلق الدين برقبته استيفاء جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل

(كتاب المأذون)

مال إلى آخره ويبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف النوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع اذا كان باقيا وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا وكان وليس فيه وفاء بهالم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضة المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جائزا لمافات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبته كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد * قيل وليس بواضح لانه لا دليل على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركيب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرج من المقابلة والظاهر انه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولولم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر * وتحقيقه انها لو لم تكن مساوية لقيمته لاختار اداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب ابي حنيفة رح وهو مخصوص بما ذكر المعتبر والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجيء وقوله وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تما في بينهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظم اللجانين وعند

وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله إلا أن يفديه المولى
 إشارة إلى أن البيع انبأ بجوز إذا كان المولى حاضر إلا أن اختيار العداء من الغائب غير متصور
 لأن الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع إلا بحضوره وبحضرة نائبه بخلاف
 بيع الكسب فإنه لا يحتاج إلى حضور المولى لأن العبد خصم فيه فإن قيل ما وجه البيع
 على قول أبي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحجر العاقل البالغ بسبب الدين وبيع
 القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لأنه كان قبل
 ذلك محجورا عن بيعه إذا لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور
 غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز بيعها القاضي على الورثة إذا امتنعوا
 عن قضاء الدين فإنه لم يعد حجر عليهم لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا
 الغرماء **قوله** وقوله في الكتاب يعني مختصر القندوري ومعناه ظاهر **قوله** ويقسم ثمنه
 بينهم بالحصص إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة
 فصارت تعلق الحقوق بالتركة وإن لم يكن بالثمن وفاء بضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه
 كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء فإن بقي عليه شيء من ديونه أي ديون
 العبد طوّل به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا سبيل لهم عليه
 قبلها لأنه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب بأذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا كيلا
 بمتنع البيع فإن المشتري إذا علم أن العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره
 امتنع عن شراؤه فلا يحصل البيع الأول وينتصر الغرماء أو دفعا للضرر عن المشتري
 لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضربه
 ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فإنه لا يباع عليه ثانيا وإن كان راضيا بالبيع لأن الملك
 قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات **قوله** ويتعلق دينه بكسبه لبيان الكسب الذي
 يندأ به والذي لا يندأ به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى من يده يتعلق به الدين

(كتاب المأذون)

سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ فكان ككسب غير مستتر ولم يتعلق بما انزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان يأخذ غلة مثله والغلة كل ما يحصل من ريع ارض او كراثيا او اجرة غلام او نحو ذلك ومعناه له ان يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمه الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ اكثر مما كان يأخذ قبل الديون والقياس ان لا يأخذ اصلا وان اخذ شيئا رده لانه اخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل بسلامته المقر وقبله للمولى لان في اخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلوم يمكن من ذلك بحجر عليه فلا يحصل الكسب واما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها * ثم اذن المولى لعبد امان ان يكون شائعا ولا فان كان الاول لم يحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا كثيرا هل سوقه لئلا يتضرر الناس بمالم يرضوا به من تأخير حقهم الى ما بعد العتق مالم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه المولى وان لحقه ذابن اقام البينة انه كان قد حجر عليه فتنأخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك اي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذ لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الارجل او رجلان فكذلك وما يغنه جائزة وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزى الا ترى انه لا يتجزى ابتداء فكذا بقاء ولو حجر في بيته بمحض من اهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للخروج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلوة

الصلوة والسلام وأن كان الثاني بأن لم يعلم بالأذن إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه
 ينحجر لعدم الضرر والاضرار **قوله** ولومات المولى او جن او لحق بدار الحرب قد تقدم
 ان التصرف اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتداءه فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء
 كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى او جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه او
 لحق بدار الحرب انحجر المأذون لا تنقضاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق
 موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته **قوله** واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح
 بقي مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبد الا بقى في التجارة
 وعلم به العبد كان مأذونا فلان لا ينافي بقاؤه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وصار
 كالغصب فان المولى لو اذن لعبد المغصوب الذي يمكن للمالك اخذه بان يكون له بيعة
 او يكون الغاصب مقرا صرح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه آبقا ولنا ان الاباق
 حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه ولم يتحقق
 ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به وانما لم يكن مانعا في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة
 ولا معتبرا لدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب
 منيسر وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رح والصحيح انه لا يعود *
 واستيلاد المأذون لها حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه وقال زفر رح ليس بحجرا اعتبارا
 بالابتداء فان المولى لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس
 واستحسن العلماء حجرها لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده و
 لا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبرا بها
 عند التصريح بخلافه في الابتداء ويضمن المولى قيمتها ان ركنها ديون لا تلافه محللات
 به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه تقضى حقوقهم **قوله** واذا استدانت الامة المأذون
 لها اكثر من قيمتها معناه ظاهر وانما قيد بكونها اكثر من قيمتها لتظهر الفائدة في ان المولى

(كتاب المأذون)

يضمن قيمتها دون الزيادة عليها **قوله** ولا مائة بين حكميهما أي حكم الأذن والتدبير
لأنه بالتدبير يثبت للمدبر حق العنق وحق العنق أن كان لا يؤثر في فكاك الحجر
لا يؤثر في الحجر عليه **قوله** وإذا أجبر على المأذون له فإقراره جائز إذا أجبر على العبد
المأذون له فإقراره بما في يده من المال لغير مولاة فهو جائز عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ قال المصنف رَحِمَهُ اللهُ
ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره وإنما فسر بذلك لأن مطلق الإقرار يفهم منه ما كان
مضمونا كالدبون والغصوب فيبين أن المراد به التعميم وقدم الأمانة لذلك فيقتضي
بما في يده للمقر له وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز إقراره لأن المصحح لإقراره أما الأذن
أو اليد ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر أما الأذن فلزواله بالحجر وأما اليد فلأن الحجر
أبطلها لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بان لا نسلم أن يده غير معتبرة فإنه لو استودع
وديعته ثم غاب ليس لمولاة أخذها والمستئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة
كثوب آلتقه الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها إذا
لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه وكذا إذا علم أنه
مال للمولى ولم يعلم بأنه كسب العبد فصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره
بيان لأبطال الحجر بده بمسائل متفق عليها فإن المولى إذا انتزع ما في يده لا يسمع إقرار العبد
فيه بالاتفاق وكذا إذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح إقراره ولا يصح إقراره
في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يتابع رقبته بسبب ذلك الإقرار بالاتفاق ولا يبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ
أن المصحح لإقراره هو اليد ولهذا لا يصح إقراره بما انتزعه المولى من يده لروا المصحح
واليد باقية حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر لأن الكلام في الإقرار بما في يده وأما حكما فلأن
شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها ولتأمل أن يقول
الإقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند صحته والأول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة
هذا الإقرار في حيز النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل والجواب أن مطلقه دليل تحققها حتما

حملا لحال المأذون على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحقّقها لصح بما انتزعه المولى
من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما ما حقيقة فلان الكلام في ما
انتزعه من يده واما حكما فلان النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار
بما ليس في يده اصله وباطل والمصنف ربح ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الى آخره اجوبة
عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله على ما عرف اشارة الى حديث بريرة
رضي الله عنها وقوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك يعني به الاذن فانه ثبت للعبد بحكم انه
ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهدم يكن خصما توضيح لتبدل العبد فان العبد
اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالنسليم والتسليم والرديع وغيره بعده كعبد آخر
لم يباشره ولو لا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة **قوله** واذا الزمته ديون اذا الزمته ديون
فلا يخلوا اما ان تحيط بماله ورقبته ولا تحيط بشيء من ذلك او احاط بماله دون رقبته * فالاول كما
اذا اذن للعبد فاشترى عبد ايساوي الفا والمأذون ايضا يساوي الفا وعليه الفادرهم *
والثاني ان يكون عليه خمسمائة درهم * والثالث ان يكون عليه الف ففي الاول لم يملك
المولى ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند ابي حنيفة ربح وقال لا يملك ما في يده
ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل عالة
ملك الفرع ولهذا يملك اعتاقها يعني الرقبة ووطئ الامة المأذون لها وهذا اي المذكور
من ملك الاعتاق وحل الوطئ آية كمال ملك الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا
على الكمال فيملكه فينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين
فانها تمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث اجاب
بقوله بخلاف الوارث لانه ثبت للملك له نظر للمورث بايصال ماله الى اقرب الناس اليه
ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر
في ضده اي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الديون لانه فرض عليه والميراث صلة

(كتاب المأذون)

وأذا كان سبب الملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق في غير الملك أما ملك المولى فمأثرت
نظراً للعبد ليراعى ذلك بعد م العتق حتى يقضى دينه وإذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته
للغرماء لتعلق حقهم به ولا يبي حبيفة روح أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه
عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسئلة تعلق الدين بكسبه والمال الذي
أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه يعني كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث
في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لأن الخلافة في الموضوعين
لأنعدام اهلية الملك في المال فالميت ليس بأهل للمالكية كالرفيق لأن المالكية عبارة عن القدرة
والموت والرق ينافيان ذلك بل منافية الموت أظهر وأميت جعل كالمالك حكماً
لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرفيق وإذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه
عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به
أبطله وفي الثاني بملك المولى كسبه وينفذ عتقه في قولهم جميعاً أما عندهما فظاهر وكذا
عنده لأن كسب العبد لا يعزى عن قليل الدين فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه
فيختل ما هو المقصود من الأذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه وأما
الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق
فيه جائز **قوله** وإن باع من المولى شيئاً إذا باع العبد المأذون الذي لزمته ديون
من المولى شيئاً بمثل قيمته جازلانه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ويعلم منه أنه
إذا لم يكن عليه دين لا يجوز لأنه ليس بأجنبي وإن باع منه بتقصان لم يجز مطلقاً أي سواء
كان كثيراً أو قليلاً لأنه منهم في حق مولاه ليليه إليه عادة بخلاف ما إذا باع من الأجنبي
بذلك فإنه يجوز مطلقاً لأنه لا تهمة فيه فإن قيل التهمة فيه قد تكون موجودة أجب بأنه
موهوم حيث لم ينشأ عن دليل **قوله** بخلاف ما إذا باع المريض مروي بالواو وبغزة
قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل

بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الراوي في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف
 بلام معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو * وقال ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق
 بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حاجى الاجنبى اى انه يجوز في كل حال اعني
 اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة * وبيع المريض من وارثه لا يجوز
 عند ابي حنيفة رح في كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو تأباه *
 فلت ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا
 حاجى الاجنبى جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا
 عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه
 تعقيد * وتقدر كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبى عن كسبه
 اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده
 لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اى عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص
 باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا اى المولى والمريض في جواز
 البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بتقصان لم يجز
 الى آخره وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بتقصان يجوز البيع ويخير المولى
 ان شاء ازال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء تقض البيع وتخصبصهما بهذا
 الحكم اختيار من المئصف رح لقول بعض المشائخ * قيل والصحيح انه قول الكل لان المولى
 بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار
 العبد في تصرفه مع مولاة كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبى **قوله** وعلى المذهبين
 اى مذهب ابي حنيفة رح ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة
 باليسير والكثير فان على مذهب ابي حنيفة رح اذا باع من مولاة بتقصان يسير او كثير
 لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى ووجه ذلك اى وجه الجواز

(كتاب المأذون)

مع التخيير ان الامتناع عن البيع بالنقصان كدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر
عنهم وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحابة
اليسيرة حيث يجوز ولا يومر بازالة المحابة لان البيع باليسير منهما اي من المولى
والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحابة واما
البيع فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتمية غير تبرع
في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحابة حيث
لا يجوز عندهما اصلا لان المحابة من العبد المأذون له لا يجوز على اصلهما الا باذن
المولى ولا اذن منه في البيع مع الاجنبي وهو اذن بما شرته بنفسه غير ان فيه ضرر للغرماء
فتزال بازالة المحابة وهذان الفرقان بلفظ التنبيه وفي بعض النسخ هذان الفرقان * قال في النهاية
ولكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد
بالفرق بين الفرق بين المولى والاجنبي في حق المحابة اليسيرة حيث يومر المولى بازالتها
دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي اصلا ويجوز
مع المولى ويومر بالازالة واما ابو حنيفة رح على رواية هذا الكتاب فليس بمحتاج
الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحابة وانما يحتاج الى الفرق بين
المولى والاجنبي في جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه
في صدر الكلام **قوله** وان باعه المولى شيئا كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه اي
الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى ثابت في العين من حيث
الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط
بالسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه
في مقابلة الغبن والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو اتلف شيئا من ماله لم يضمن
بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه

بعينه بالتعد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد غيره كما لو ادع عند عبده شيئا وخص به
 منه وان امسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جازلانه بائع وللبائع حق الحبس
 في المبيع ولهذا كان هو اخص به من الغرماء فان قيل على هذا التقدير استوجب ديننا في ذمة
 العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجه على ما قلناه انما اجاب بقوله وجاز ان يكون
 للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين يعني يجوز ان يستوجب على عبده ديننا اذا كان
 ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين
 لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده
 ما لم يستوف الثمن فاذا كان اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث
 تعلقه بالعين ولو باعه باكثر من قيمته جاز لكنه يخبر بين ازالة المحاباة ونقص البيع كما بينا في
 جانب العبد سواء كانت يسيرة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال في الهامية
 هذا على اختيار صاحب المبسوط واما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط
 شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي حنيفة رح اصلا كما ذكر في جانب العبد واذا
 اعتق المولى عبده المأذون له وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او الغصب او وجود الوديعة
 او تلاف المال فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين
 مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم به لانه ائلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه
 وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب ازيد من مقدار ما ائلفه فبقي الباقي
 عليه كما كان ويطالب به بعد العتق وان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان
 جتهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر على ما ذكره وهو واضح وان باع المولى وعليه
 ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وخيبة معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرماء
 والدين حال فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق
 بالعبد حتى كان لهم ان يبعوه الا ان يقضي المولى دينهم وقد ائلفه اما البائع فبالبيع

(كتاب المأذون)

والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغيب فتخير الغرماء في التضمين وانما لم يكتف
بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد
لانهم يستعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد
البيع والشراء وان شأوا جاز والبيع واخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان
الاجازة اللاحقة كالاذن السابق ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا اجازوا
وكذا اذا اذنا كان الثمن وفي ديونهم وصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على
ما سيجي وكذا اذا كان الديون على المأذون مؤجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من
قيمتها او باقل منها جاز يبيع وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته
لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوائد القيود المذكورة **قوله** كما في المرهون
يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم اجازة المرتهن جاز البيع لان
الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الى
آخرة معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال
الاولى وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم
المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك
بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في
بيع التركة فافترا **قوله** ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين اذا قال المولى هذا العبد
الذي ابيعه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما
لازما فذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرماء فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق
الاستسعاء والاستيفاء من رقبته به وكلمة به محذوفة في المتن وفي كل منهما فائدة فالاول
يعني الاستسعاء تام ومؤخر والثاني ناقص ان لم يف بديونهم معجل والبيع يفوت هذه الخيرة
فهذا اذ كان لهم ان يردوه قال المشايخ رحمهم الله تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان

فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قبل في عبارته
تسمح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم بقي الرد لجواز ان
يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد
للاستعانة في الديون واجيب بانهم قدر ضوابط سقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم
ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بقاعدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن
ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة* ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة
في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل فانه انما يكون
ناقصا اذا لم يفي بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان
مختارا للغداء فما بال هذا لا يكون مختارا للقضاء الديون من ماله اجيب بان موجب
الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طول به لبقاء الواجب عليه واما الدين
فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق
فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول انا اقصي دينه وذلك عدة منه
بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله انا اقصي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب
ان العدة ادنى الاحتمالين فيثبت به الا ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البائع
غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم ان يردوا
البيع بخلاف وقال ابو يوسف ربح المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم لانه يدعى الملك
لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه في ما في يده ولهما ان لو جعل خصما لا يدعى عليه
والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال
فخر الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دار الهاشغيع ثم وهبها الرجل وسلمها
اليه وغاب الوهاب ثم حضر الهاشغيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما

(كتاب المأذون * فصل)

وهو رواية ابن سماعه مثل قوله في هذه المسئلة **قوله** ومن قدم مصر ارجل قدم مصر او قال
انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبرانه مأذون له فاخبره
دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس ان لا يقبل قوله
لانه اخبر عن شيئين * احدهما اخبرانه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه * والثاني
اخباره مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقارره عليه ليس بحجة * وجه الاستحسان
ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا يضيق الامر على الناس توضيحه ان للناس حاجة الى
قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة فلولا يقبل قول الواحد في المعاملات
لا حجاج الى ان يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف انه مأذون له في التجارة
وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله الا انه استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه انه
اذالم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان
بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن للمدبر وام الولد ولحقهما
الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز ان يكون مأذونا ولا يباع بخلاف
الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بيناه
يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما يخلقه
في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فان حضر مولاه فقال هو مأذون له يبيع في الدين
لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله وعلى الغرماء البيئة لان دعواه
الاذن كدعواه الاعناق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى الابالبيئة *

فصل

لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام اذن الصبي الا انه قدم الاول لكثرته
وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا

اذ اذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوعه دون نوع وصيرورته
 مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي ربح
 لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباة نفسه وهوايا بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلوم لا محالة
 بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه اكونه راضيا
 بتصرفه حينئذ ولانه مؤلف عليه حتى يملك الولي التصرف والحجر عليه والمولى عليه
 لا يكون واليا للمنافاة لان كونه مولى عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق
 والعناق لا يصحان منه وان اذن له الولي بخلاف الصوم النفل والصلوة النافلة لانهما
 لا يقامان بالولي فيصحان منه **قوله** وكذا الوصية على اصلي يعني قلت بصحتها كصحتها
 اذا كانت في ابواب الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه
 بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة
 وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع والشراء فيتولاها الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف
 المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع
 فلان الله تعالى احل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه
 عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية
 لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه
 صدر باذن وليه والولي مالك لهذا التصرف فكذا من اذن له الا ترى ان الطلاق والعناق مالم يملكه
 الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان اذن
 الولي بذلك **قوله** والصبا سبب الحجر جواب عن قوله لان حجره لصباة وتقريره انا لانسلم ان
 حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره
 وهو حق المولى فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم يكن هاديا في امور
 التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما اذن للعبد المولى **قوله** وبقاء ولايته جواب عما

(كتاب المأذون * فصل)

يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي واليا وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لا مرين
للنظر له فان الصبا من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء
المصلحة بطريقتين اي بامارة وليه وبامارة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال
تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غير هافبقينا ولاية الولي
ليتدارك ذاك وقوله بخلاف الطلاق والعناق جواب عن قوله وصار كالمطلق والعناق
وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي على ثلثة اقسام نافع محض وضار محض ومنزرد
بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالمطلق
والعناق لا يؤهل له اصلا والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رأيه ينحسر
برأي الولي لاقبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا
فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قيل اذا باع شيئا
باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر
في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد
عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب يقدم على الجد * وترتيبه وليه وهو الاب
ثم وصي الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصيه ثم الوالي بخلاف صاحب
الشرط يريد به امير البلدة كما مير بخاري فكان الوالي اكبر منه لان له ولاية تقليد القضاء دون
صاحب الشرط **قوله** والشرط ان يعقل قد تقدم ذكره **قوله** والتشبيه بالعبد المأذون له الى
آخرة كذلك لكن يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف
في مال العبد المأذون المديون بدين بحيث بما له دون الولي واجيب بان النحجار
المولى وعدم النحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي
لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى
اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اقراره بعد الاذن في ما هو كسبه عينا كان او ديناً وليه

لوليده ولغيره لا تفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين وأورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية
 النائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك باذنه والجواب
 انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا
 بموروثه في ظاهر الرواية احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اقراره
 بذلك لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته
 في التجارة وهي معدومة في الموروث * وجه الظاهر ان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق
 بالبالغين ولهذا نقذا بوحيفة رح بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان
 الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماله ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق
 وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف رح ولا كتابته وان كان المولى والصبي يملكانها
 لان الاذن يتناول ما كان من صنع التجار والكتابة ليست منه والمعنوة الذي يعقل البيع
 والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والصبي والجدة دون غيرهم
 من الاقارب كالابن للمعنوة والاخ والعمدون القاضي فان له ولاية على اذن المعنوة على
 ما بيناه يعني قوله وذكر الولي في الكتاب ينظم الاب والجدة الى آخره وحكمه حكم الصبي
 اذ ابلغ معنوها فاما اذ ابلغ عاقل ثم عنه فاذن له الاب في التجارة قال ابو بكر البلخي رح
 لا يصح قياسا وهو قول ابي يوسف رح ويصح استحسانا وهو قول محمد رح *

كتاب الغصب

ابراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين * احدهما ان الغصب من انواع التجارة
 ما لا حتى ان اقرارا لما دون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب
 ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة بدون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس
 مناسبا * والثاني ان المغصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته

(كتاب الغصب)

فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوماً او غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل بده فقوله اخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا وعند الشافعي رح هو اثبات يد العدوان عليه وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزبلاً ليدعه مع بقاء اثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالصمان لانه حق العبد ولا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موصوع **قوله** ومن غصب شيئاً له مثل المغصوب اما ان يكون قائماً في يد الغاصب اولاً والاوّل سببي* والثاني اما ان يكون له مثل اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه اولاً فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ التدويري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى علىكم فاعندوا عليه بمنل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً ومالية الحنطة الموداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطاً العبرة في الربويات فكان ادفع للضرر فان الغاصب قوّت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر الثام

التام ان ينداركة بما هو مثل صورة ومعنى فان انقطع عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله
 الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب
 وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم
 انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح الى آخره كلامه فيه واضح قيل انما قدم قول
 ابي يوسف رح ليشبث الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول
 الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة
 لم يأت الا بتقديم قول ابي يوسف رح وان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المصنف رح
 معناه اي معني قوله لا مثل له العدديات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن
 بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة
 مثل الدواب والطياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في الجنس فبراعى في المالمية
 وحدها فبالضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجز والبيض فهو كالمكيل حتى يجب
 مثله لتقارب التفاوت قيل وانما انتصر على المكيل ولم يقل الموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي
 وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصنوع من القندم والطست وليس بواضح لان من المكيل ما هو كذلك
 كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له فغيب القيمة * وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمري
 ان تقديم هذا القسم كان انسب فتأمل لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت
 حتى ترد اي على صاحب اليد عين ما اخذت اليد حتى يرد وقال صلى الله عليه وسلم
 لا يجل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعب ولا جاد فان اخذه فليرده عليه وهو واضح ورواية
 الفائق والمصاحح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه ان لا يريد باخذه سرقة
 ولكن ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الاذى عليه
 او فساد اللعب وهو يريد انه يجد في ذلك ليغيظه ولان اليد حق مقصود بدليل جواز ان العبد
 في التجارة فانه لا حكم لشراة في حقه سوى التصرف باليد لا سيما اذا كان مديونا فانه ليس

(كتاب الغصب)

هناك شائبة النية عن المولى في التصرف فعلم ان اليد حق مقصود وقد فوّتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصيلي على ما قالوا
وردد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذا الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصيلي
القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام * فمنها ما اذا ابرأ الغاصب
عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه
ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال تابنا لما صح البراء لان البراء عن العين
لا يصح * ومنها صحة الكفالة مع ان الكفالة لا تصح بالعين * ومنها وجوب الزكوة فان الغاصب
اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا تجب عليه الزكوة اذا انتقص
النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغموص قبل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصيلي
لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى
الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة
الابراء ان ما هو بعرضية ان يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان البراء
صحيا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة ان الكفالة
بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغموص منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكوة
ما ذكرناه في مسئلة البراء ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم فتفاوت
الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاطهرها ومقدار
ذلك مغوض الى رأي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضى او حبسه
الحاكم مدة ولم يظهرها قضى عليه ببذلها بما اتفقا عليه من القيمة واقام المالك بينة على
ما يدعيه من القيمة لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعى امرا
عارضيا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السيران
الغاصب اذا غيب المغموص فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير ثلوم فما وجهه قيل

قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب
 جواب الافضل **قله** والغصب فيما ينتقل وبحول الغصب كائن فيما ينتقل وبحول
 لا في العقار وهو كل ماله اصل كالدار والضبعة والنقل والتحويل واحد * وقيل التحويل
 هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان * والنقل يستعمل بدون
 الاثبات في مكان آخر لان الغصب بحقيقته يتحقق في المقتول دون غيره لان ازالة اليد
 بالنقل ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب عقار اهلك في يده
 بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحم بضمنه وهو
 قول ابي يوسف رح الاول والشانعي رح لتحقيق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير
 ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على
 محل واحد في حالة واحدة وانما قيل من جنس واحد احتراز عما اذا أجردارة من
 رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لکنهما بدان مختلفتان فيتحقق
 الوصفان يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب ابي تحقيق الوصفين
 هو الغصب على ما بينا فصار كالمقتول في تحقيق الوصفين وجحد الودبعة في العقار فانه
 اذا كانت ودبعة في يد شخص فجمدة كان ضامنا بالاتفاق فالتقول بالضمان في هذه الصورة
 وقد ثبت ان جحد الودبعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحد تناقض ظاهر
 وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشامي رحمه الله للالزام فانه يكتفى في الغصب
 باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولا يبي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الغصب اثبات
 اليد بازالة يد المالك ابي بسبب ذلك وهذا ابي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك
 لا تزول الا باخراجه ابي باخراج المالك عنها ابي عن العقار بمعنى الضبعة والدار وهو
 ابي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتمي بانتهاء جزئه فصار
 كما اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لهما وفي المقتول

(كتاب الغصب)

التل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ذكر في المختلغات ان الودعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد* وذكر في المبسوط والاصح ان تقول جحود الودعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك **قوله** وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي رحمهما الله فظاهر واما على قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابا لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله ويدخل فيما قاله يعنى التدويري اذا انهدمت بسكناه وعمله بان كان عمله الحداد او القصار فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا يسكاه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله واوغصب دارا او باعها وسلمها واقرب الغصب ولا بينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن البائع للمالك شيئا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلا فالحمد ربح* وقيد بقوله ولا بينة لانه ان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب واما اذا كان له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه وبأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون احتراز عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهد ابدار لانسان وقضي له بها ثم رجعا ضمنا قينتها للمشهود عليه بالاتفاق واتلها كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه* عندهما اجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد ربح وعلى تقدير ان يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقام البينة

البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف واما في مسئلتنا فالاتلاف
 لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بينته الا ترى انه لو اقام
البينة على انها ملكه قضى له بها فهذا لا يكون البائع ضامنا وان انتقصت بالزراعة يغرم
 النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم كان تستأجر هذه الارض قبل استعمالها
 وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه
 واضح واذا هلك الثقل في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكر اختلاف النسخ
 وبين المراد واستدل بقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند
 العجز عن رده تجب القيمة يعني على رأي من يرى ان الموجب الاصلي في الغصب
 العين ورد القيمة مخلص خلافا وتقرر اي القيمة بذلك السبب يعني على رأي
 من يرى ان الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة عليه كما
كانت واجبة عند الغصب ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو السبب تعتبر قيمته يوم
 الغصب ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله او فعل غيره وان نقص المغصوب
 في يد الغاصب ولم يجبر نقصانه بوجه آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل
 ان كانت جارية فاعورت او ناهدة الثديين فانكسرت يدها او في غير بدنه مثل ان كان
 عبدا محترقا فانسى الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه بالغصب وقد فات
 منه جزء فتعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته واما اذا اجبر نقصانه مثل
 ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فردهما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن
 الغاصب شيئا عندنا خلافا للفرج * فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلوا اما ان يكون
 الرد في مكان الغصب او لا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر لفتور الرغبات
 لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخبر المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى
 ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان

كتاب الغصب

له ان يلتزم الضرر وبطالته بالقيمة وله ان يتنظر * فقله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله
فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف المبيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا انقص
شيء من قيمة المبيع في يد البائع بغوات وصف منه قبل ان يقبضه المشتري لا يضمن البائع
شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان فحش
النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فموتت في يد البائع فصارت تساوي خمسين
كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلوا اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة
كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن
بالفعل وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل
يحل الذات بجميع اجزاها وصفاتها فكانت مضمونة قال المصنف رَحِمَهُ اللهُ تعالى اي مراد
القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا
غصب حنطة فعفنت عنده او اثناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد
الاصل لانه يؤدى الى الربو لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره
وان شاء تركه وضمنه مثله **قوله** ومن غصب عبدا فاستغله اي ومن غصب عبدا فآجره
وقبض الاجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما يبا ان دخل جميع اجزائه في ضمانه
بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان
ويتصدق بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها
وعلى هذا اذا اجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي يوسف رحمه الله حصل في ضمانه وملكه
اما الضمان فظاهر لان المغموب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت
الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول بالموجب اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب
خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسيبيله التصديق اذا الفرع يحصل على
وصف الاصل اصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستند

مستند فاني يكون الخبث آجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه
 دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفأث فلا ينعدم به الخبث فلو ملك العبد في
 يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك
 ولهذا وسلم الغلة مع العبد الى المالك بياح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما
 اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فان الغاصب
 ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد
 الغاصب غيره اي غير الغلة بتأويل المذكور او الاجرا والمال لانه محتاج اليه وللحجاج
 ان يصرفه الى حاجة نفسه وهو اولى بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث فلو اصاب
 مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن وان كان فقيرا فلا شيء
 عليه لما ذكرنا انه محتاج اليه وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شيء
 عليه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله **قوله** ومن غصب العاشرى بها جارية
 الغاصب اذا تصرف في المنصوب او المودع في الودبعة وربح فيه لا يطيب له الربح
 عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رح وقد مررت الدلائل وجوابهما
 في الودبعة اظهر لانه لا يستند المالك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان
 التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيها على
 تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا اي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة
 كالعروض ظاهرا فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني
 الجامع الصغير اشترى بها اشارة الى ان التصديق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها قال
 فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار
 اليها ونقد من غيرها ونقد منها واسارا الى غيرها واطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه
 اربعة اوجه فقي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجه آخر لا يطيب

(كتاب الغصب * فصل)

فيه ايضا وهوانه دفع الى البائع تلك الدراهم او لاثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا
التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تقيد التعيين كان
وجودها وعدمها سواء فلا بد ان يتأكد بالتقد لينحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على
قوله لكثرة الحرام دفعا للخرج عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشائخنا
رحمهم الله لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال اي في الوجوه كلها وهو
المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال ذلك
لانه اذا تقدم منها ولم يشرف سلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان تصير عينها عوضا فلا
ثبت شبهة الخبث وان اشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدرة حصل
بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث ايضا وسبيل مثله التصدق فاستوت
الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصديق وان اشترى بالف جارية تساوي الفين فوهبها
او طعما فاطمه لم يتصدق بشيء بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح انما
يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف فلا يظهر الربح *

فصل

ما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه
بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله واذا تغيرت العين
المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها
وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانعاع بها حتى يؤدي بدلها وقوله بفعل الغاصب
احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان
المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما
اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكة لانه لم يزل اسمها يقال شاة

مذبوحة وشاة حية وقوله واعظم منافعتها ليتناول الحنطة اذا غصبتها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر انه يؤكد ان قوله زال اسمها يتناولها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله كمن غضب شاة وذبحها وشواها وطبخها وفيه اشارة ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه من فعل **قوله** وهذا كله يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمته النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا اذا الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث مالم يكن موجود او تفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب الا ترى ان الربوا يجري بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي رحمه الله يضمه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله انه يزول ملكه عنه ولا يسقط عنه حقه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا وتقديره ان بقاء العين المخصوص بقاءه على ملك المالك لان الموجب الاصلي في الغضب رد العين عند قيامه ولو لا بقاءه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باقية فبقي على ملكه وتبعه الصنعة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في الحنطة والقثا في طاحونة فطحنت فان الدقيق يكون ملك الحنطة كذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه يخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محذور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحذور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل اصلا وخينئذ صارت صورة النزاع كما مستشهد به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة المخصوصة واربعها اي جعلها

(كتاب الغصب * فصل)

عضواً عضواً فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظوراً ولنا انه احدث
صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيهاً وكذلك قيمة الخنطة تزداد بجعلها دقيقا
واحداتها صيرحق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد
وحته اي حق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه وما هو قائم من كل وجه مرجح
على الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجيح كان
الرجحان في الذات احق منه في الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق
المالك بالشي والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه **قوله**
ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور
وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة تقويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة
احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله بخلاف
الشاة جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره ان العلة حدوث الفعل
من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم انه يقال
شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة
مأروية بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب
بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد ابقى اسم الشاة قبلها مع تحريم جانب اللحمية فيها اذ معظم
المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه
فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان
فلم يكن لصاحبها ان يأخذها **قوله** وهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على
عدم انقطاع حق المالك وبغوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول
مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزة او غزلا ففسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره
ينقطع حق المالك لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار

بالخيار على ما سيجي لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله لا يحل له ظاهر وقوله ووجهه
 اي وجه القياس ان ثبوت المالك مطلق للتصرف يعني ان المالك قد ثبت للغاصب
 وانتفع عنه حق المالك بالدلائل المذكورة والمالك مطلق للتصرف من غير توقف على
 رضی غيره الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وهو حديث
 رواه ابو حنيفة رح عن عاصم بن كليب السرمي عن ابي بردة عن ابي موسى رضي الله عنه
 ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية اي مشوية
 فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغه فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري
 انها كانت شاة اخي ولو كانت اعز من هذا لم ينفس علي بها وسار ضيه بما هو خير منها اذا
 رجع فقال عليه السلام اطعموها الاسارى قال محمد رحمه الله يعني المحتسبين فامره
 بالتصدق مع كون المالك معلوما ببيان ان الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه
 عينه اذا امكن واثمه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر بالتصدق بهادل على انه
 ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء **قوله** ولان في اباحة الانتفاع دليل
 معقول وهو ظاهر وقوله ونفذ بيعه جواب عن قوله ولهذ الوهبة وتقديره ان نفذ ذلك
 لقيام المالك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في المالك الفاسد وقوله واذا ادى البدل راجع
 الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله او ضمنه الحاكم يعني اذا كان مال
 البيت وقوله بخلاف ما تقدم اشارة الى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها وطبخها
 او حنطة فطبخها او حديد فاختذه سيغا وقوله واصله ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل
 من تحليل مسئلة ومن غصب عبد فاستغله فنقصته الغلة فعليه التقصان **قوله** وان غصب
 ذهابا او فضة اي اذا غصب ذهابا او فضة فضر بها درهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالها
 عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فياخذها ولا شيء للغاصب ولا يملكها الغاصب وعليه مثلها
 لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير احداها حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه كسره

(كتاب الغصب * فصل)

وفات بعض المتأصّد وكان قبل ذلك تبرأه ولا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات
وبعد ما ضربه صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب
كان يسمى تبرأه باؤضة وبعده دناير ودرهم ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم
ولا يبي حنيئة رحمه الله ان العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق والا حكام الاربعة
المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكاة كذلك
واذا كان كذلك لم يقطع حق المالك قوله وصلاحيته لرأس المال جواب عن قوله والتبر
لا يصلح الى آخره وتقديره ان الصلاحية امر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة
لانه هلك العين بهامن وجه وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة معتبرة متقومة
ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال لانه لا قيمة لها عند مقابلته بجنسها وانما تتقوم
عندما مقابلته بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا
وذلك لاننا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها
كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز
عن الربوا فلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن
له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل
ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان ثمة كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون
وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه **قوله** ومن غصب ساجة بالجسيم وهي الخشبة
العظيمة لان الساحة بالحاء سيأتي بعد هذا فبني عليها زال ملك مالكيها عنها ولزم الغاصب
قيمتها وذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت
قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكيها وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت في
قوله وجه آخر لنا فيه وقال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين قد مناه
يعني في اول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الى آخره ووجه

(كتاب الغصب * فصل)

ووجه آخر لثانيه اي في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه الشافعي رح اضرا را بالغصب
 بنقض بناءه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا
 خا ط بالخط المغصوب بطن جاريته او ادخل اللوح المغصوب في سفينه والسفينة مع من عليها
 في لجنة البحر ليس للمالك ان ينزع لوحه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له
 ان ينزع لوحه منها عنده فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده
 من حيث ان فيه تلف النفس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد
 لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وحمل حق غيره اولى لان
 باطلاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين ثم قال الكرخي والفقهاء
 ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالى الساجة لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى
 على الساجة ينقض لانه متعدي فيه قال المصنف رح وجواب الكتاب يعني قوله فبنى عليها رد
 ذلك وهو الاصح قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساجة قبل البناء عليها تصلح للاحراق
 تحت القدر وروا بواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشي من ذلك الا بالنقض والتغير
 بوجب انتطاع حق المالك **قوله** ومن ذبح شاة غيره ومن ذبح شاة غيره بغير امره فما لكها بالخيار
 ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما اعد للذبح
 من الجزور وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى ان ينوهم ان غاصبه يجب ان يستحق
 اجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان ذلك زيادة فيها لا نقصا
 حيث اعد للجزر غير مطلوب منه الدور والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان
 نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان
 ولتاخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما اي يد الشاة والجزور
 هذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمنه شيئا
 يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره

(كتاب الغصب * فصل)

انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدرو والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاخس في الثوب على ما سيجي ولكنه لا يعم الجزور بظاهرة ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الاغراض اذ الم يجعل البيان منحصرافيا ذكر بقوله من الحمل والدرو والنسل ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم قطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقيده بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم مأكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدها على قوله ان شاء ضمته قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمته نقصانها فدل انهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين * احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم * والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان ثقل الكذب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى دشام عن محمد بن حمران رجل قطع يد حماره ورجله وكان ما بقي قيمة فله ان يمسك وبأخذ النقصان **قوله** بخلاف قطع طرف العبد المملوك متعلق بقوله للمالك ان يضمه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الآدمي وغيره ان الآدمي بتقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا يستعيب بما هو المتصور بها من الحمل والركوب وغير ذلك **قوله** ومن خرق ثوب غيره اختلف الناس في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاخس * فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاخس وما اوجب دونه فهو يسير * وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاخس وما اوجب دونه

دونه فهو يسير و اشار في القدوري الى ان الناحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه ان لا يبقى
 للباقي منفعة الثياب بان لا يصلح لثوب ما قال المصنف رح والصحيح ان الناحش ما يفوت به
 بعض العين قبل يعني من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت به شيء
 من اجزائه و جنس المنفعة يعني ان لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه و يبقى بعضه
 و اليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة و انما يدخل فيه نقصان يعني من حيث المالبية بسبب
 فوات الجودة و انما كان ذلك صحيحا و ن غيره لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل
 قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال اذ اغصب ثوبا و قطعه قميصا و لم يخطه فله ان يأخذ ثوبه
 و ضمنه ما نقصه النطع و ان شاء ترك الثوب عليه و ضمنه قيمة الثوب و لا شك ان الفألت به
 بعض المنافع لانه بعدما قطع قميصا يصلح للقميص و ان كان لا يصلح للبقاء و امثاله و السافظ
 من القيمة اقل من الربع و مع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا و اذا عرف هذا فمن خرق
 ثوب غيره خرفا يسيرا ضمن نقصانه و الثوب لما لك لان العين قائم من كل وجه و انما دخله
 عيب فيضمنه و ان خرق خرفا كثيرا فلما لك ان يضمنه جميع قيمته و يترك الثوب عليه لانه
 استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لا تخاذ القباء و القميص و بعده لم يبق
 ذلك فكان مستهلكا من وجه و ان شاء اخذ الثوب و ضمنه النقصان لانه تعيب من
 وجه من حيث ان العين باق و كذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك
 و ضمنه جميع القيمة و الى جانب البقاء و اخذ العين و ضمن نقصان القطع * و وضع المسئلة
 بلفظ الثوب اشارة الى ان الحكم عام في الذي يلبس كالقميص و غيره و فيما لا يلبس
 كالكرباس **قوله** و من غصب ارضا كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضي
 الامام ابو علي النسفي رح يحكي عن الكرخي رح انه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال *
 ان كانت قيمة الساجة اقل من قيمة البناء فليس له ان يأخذها * و ان كانت قيمة الساجة
 اكثر فله ان يأخذها فالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال

(كتاب الغصب * فصل)

في لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل خبير صاحب اللؤلؤة ان شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لما لكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذا اذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلاء وتعذر اخراجه ينظر ايهما كان اكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف ايهما شاء وله امثال غير ما ذكر وقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق صححه في المغرب بتوين عرق اي ليس لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليسنوجيها ووصف العرق بالظلم الذي هو صنة صاحبه مجازا * وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه قوله يقوم الارض الى آخره يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر ضمن صاحب الارض خمس دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البناء وقوله ومن غصب ثوبا الى آخره ظاهر وقوله اعتبارا بفصل الساحة يعني كما ان في فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم تنضر الارض به فكذلك ههنا لان في كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله لان التمييز ممكن يعني بالتصرو قوله ولنا ما بينا يعني في مسألة الساجة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله والخبرة لصاحب الثوب جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شاء سلم الثوب الى مالكة وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب ابيض وبيانه ان تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنا في بينهما وتخيير المالك اولى لان الثوب اصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال ابو عصمة المروزي رحمه الله في اصل المسئلة يعني في قوله ومن غصب ثوبا نصبغه احمر واحترز بهذا القيد عن ان يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ وان كان حكم مسألة الانصباغ ايضا كذلك لكن وقع من ابي عصمة في

في اصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا للنقل وقد ظهر بما ذكرنا في مسئلة الضبغ والانصباغ
الوجه يعني جواب المسئلة وتعليلها في السوق من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل
غير ان السوق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته
وقال في الاصل بضمن قيمة السوق لان السوق يتفاوت بالتالي فلم يبق مثليا وقيل المراد
منه اي من القيمة المثل سماه به اي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه اي لقيام المثل مقام
المغصوب وذكر الضمير في منه وبه بتأويل ما يقوم **قوله** فمن محمد رح انه ينظر الى آخره معناه
ان ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثليا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم
لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ
خمسة فالخمسة بالخمسة فصاع ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية
هشام عن محمد رحمه الله *

فصل

لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب شرع في ذكر مسائل تنصل بمسائل الغصب
ومن غصب عينا فغيبها فالملك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه قيمتها فان
اختار تضمين القيمة فضمنه الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال الغصب
عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك كما لو غصب مدبرا او غيبة وضمن قيمته
فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكما له يعني يداورقة وكل من
ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا
للضرورة عن مالك البدل لكن يشترط ان يكون المبدل قابلا للنقل عن ملك الى ملك والمدبر
ليس كذلك وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي رح
بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي ابي زيد فانه قال في الاسرار قال علماؤنا رحمهم الله

(كتاب الغصب * فصل)

الغصب يفيد الملك في المغموص عند القضاء بالضمان او التراضي قال شمس الائمة في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمتصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجارة يملك المشتري المبيع بزوائد المتصلة والمتصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض السعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروع عام مرغوب فيه ولا يصلح ان يجعل العدوان المحض سبباً له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظراً لانه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند اداء الضمان انه يوجهه مطلقاً بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر اثره في ثبوت الزيادة المتصلة وقوله نعم قد ينسخ التدبير بالقضاء جواب عما يقال لانسلم ان المدبر لا يقبل التل فان مولاه لوباعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحيث كان البيع مصاداً للقرن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصاد فنه القرن بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم ينسخ التدبير والكلام فيه **قوله** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اذا اختلفا في قيمة المغموص فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فحيث لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبتة بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب والغاصب يمينه يشهد بقيمة المغموص لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشائخنا رحمهم الله ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي رح يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشائخ رحمهم الله من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين

اليمين وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع * وكان المصنف رح
اختار قول من قال ذكر اوصاف المغمصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره
وهو الاصح قال محمد رح في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له
واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال
شمس الائمة الحلوائي ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة لانه قال اقام بينة انه غصب جارية له
ولم يبين جنسها وصفها وقيمتها وانما كان ذلك اصح لاجل الضرورة فان الغاصب يتمتع
عن احضار المغمصوب عادة وحين يغصب انما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغاصب
دون العلم باوصاف المغمصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم
فعل الغاصب في محل هو مال متقوم فصارت ثبوت ذلك بالبينة كنبوته باقراره فيحبس حتى
يجيء به * وعلى هذا لا يحتاج الى تأويل ابي بكر لا عمش وهو ما قال تأويلها ان الشهود
شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة
المغمصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعى في المغمصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان
ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فاما ان يكون ضمن بعد تمام الرضاء اولا فان كان
الاول كما لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين
فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصاله به رضاء المالك حيث
ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء
امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاء بهذا المقدار حيث
يدعى الزيادة فان قيل اخذ القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضى فكانت
كالمسئلة الاولى اجاب بقوله واخذه دونها اي اخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على
تمام الرضاء لانه انما اخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحججة فلا يدل على رضاء بخلاف
المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل

(كتاب الغصب * فصل)

ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير يعني ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب
أي فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين وزد العوض في ظاهر الرواية وقال
الكرخي رح لا خيار له في استردادها لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله وهو أي ظاهر الرواية
الاصح لأنه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لا يتم الرضاء
لم يسقط الخيار **قوله** ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جازبعه وإن اعتقه
الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجزعتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة
اجتماع البذل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد على
ما يذكر والناقص يكفي لتفوز البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فإن له أن يبيع عبده
وليس له أن يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب
ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح فإيا سا على
الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال
وثمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا يضمن إلا بالتعدي أو بالاحجود عند طلب
المالك والأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى يضمن
بالتعدي لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا كذلك بدلها
وقال الشافعي رح زوائد المغصوب مضمونة منصلة كانت أو منفصلة بناء على أن حد الغصب
عنده أثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية
المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان
في حق الأم وإن لم يكن هناك منع من المخرج ولنا أن الغصب أثبات اليد على مال
الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في أول كتاب الغصب وأثبت اليد على ذلك الوجه
ليس بموجود فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض
بان هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملًا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك

كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل بعد عياني الامت فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لازالة ثمة ظاهرا اذا ظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدي فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بان ائلفه واؤتمنته واكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تقويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة البتة والاصاف الفارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس بصفة فارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة زيغها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والمثلث اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يداو المغرور اذا منع الولد ولم يزل يداني حق الولد وتضمن الاموال بالا تلاف تسببا كحفر البئر في غير المالك وليس ثم ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطردا لامحالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا **قوله** وفي الظبية المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك ان القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب اكثر مشائخنا واذا اطلق يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل

٤
(كتاب الغصب * فصل)

التمكين من الارسال او بعده فهو ضمان جنابة اي ائلاف لان صيد الحرم وزوائده كان
أما في الحرم صيد او ذاك في بعده عن ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف لمعنى الصيدية
فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرار هذه الجنابة
فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذاك الصيد
من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرار هذه
الجنابة التي هي الاخراج من الحرم وقوله ويجب يعنى الضمان بالاعانة والاشارة
بالنص فلان يجب بما هو فوقها وهوائيات اليد على مستحق الامن اولى قوله وما نقصت
الجارية بالولادة ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب
فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها
بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء
مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت
قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح ان تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا
لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها
تساوي ذاك النقصان فانه لا يجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم
وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة
غيره فثبت مكانه آخر او قطع قوائم شجر الغير فثبت قوائم اخرى مكانها او خصى عبد
غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او علمه الحرفة فاضناه التعليم فانه لا يجبر الصوف
بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه
ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي حنيفة رح
على ما عرف يعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية وزنى بها

بها على ما يجيء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلعا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل يبيع شيء بمثل قيمته فقتضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات فصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمتت او سقطت ثنيتها ثم ثبتت اخرى او قطع يد المغصوب في يد الغاصب واخذ ارشها واداه مع العبد يحسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف **قوله** وولد الظبية ممنوع جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم ان نقصان الظبية بالولادة لا يجبر بقيمة الولد وكذا لا نسلم ان الام اذا ماتت لا يجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية واما تحريمها على الظاهر فهو ان كلامنا في ما اذا كان السبب واحدا وهما ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الام اذا تفضي اليه غالبا وروي عن ابي حنيفة رحمه الله رواية اخرى وهوانه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة كرد العين ولورد عين التجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد وجهه ان كلامنا في ما اذا رد الام بنقصان الولادة هل يجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف يجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها واصل نكتة الخصم وهوان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله اجيب بان المصنف رحمه الله اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر

(كتاب الغصب * فصل)

فاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فإن قيل لو كان الولد خلفا وبذلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد أجيب بأنه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس يبدل بل هو يبدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي في ملك المولى فإن قيل الولد عنده امانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف رح من عدم عدة نقصان لا يضمنه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني ايضا فلله در المصنف رح ما الطفة ذهنا جزاة الله عن المحصلين خبر **ا قوله** ومن غصب جارية فزني بها قال في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردّها فتحب فتتوفى في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقته وليس عليه في الحرة ضمان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الامّة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردّها وتابعة المصنف رح في قوله ثم يردّها فتحب بتقديم الرد على الحب ووقع في عامة النسخ تقديم الحب على الرد لبيان ان الحب كان موجودا وقت الرد فلا الرد قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فإن قيل لانسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده اجاب بقوله والهلاك بعده بسبب حدث في يده المالك وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردّها فهلكت او زنت في يد الغاصب فردّها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلى عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبلى فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبلى ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد ههنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردّها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجنابة خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف

بخلاف الحرّة اذا زنى بها زجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لانها لا تضمن بالغصب
ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى **قوله**
وفي فصل الشراء جواب عن قوله كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق
وهو ان في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم اي تسليم المبيع على الوجه
الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم وما ذكرناه من
وجوب الرد على الوجه الذي اخذه عليه شرط الصحة الرد ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد
بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد * قيل وتحقيقه ان الشراء لم يتناول الا العين ان
الاورصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع
تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده واما
الغصب فالاورصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردّها
كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاورصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا * واما
اذا حمت في يد الغاصب فلان سبب الموت ايها من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل
ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك او مركبة منهما فلا يضاف
الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك **قوله** والزنى سبب جواب عن قولهما او زنت في يده
الى آخره وتقريره ان الزنى الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد للمولم لا الجراح
ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب
فلا يضمن **قوله** ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص
باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رح مضمونة باجر المثل ولا فرق في المذهبين
بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني انلافا في شمول العدم عندنا
وشمول الوجود عنده وفصل مالك رح فقال ان سكنها فكما قال الشافعي رح وان عطلها
فكما قال ابو حنيفة رح للشافعي رح ان المنافع اموال متقومة لكونها غير الادمي خلق

(كتاب الغصب * فصل)

لمصلحة الآدمي ويجري فيه الشح والفضة وتضمن بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع
فكذا بالغصب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة ولنا انها حصلت
على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه اي تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن
حادثه في يد المالك لانها اعراض لا تبقى وما حدث في امكان الرجل فهو ملكه دفعا لحاجته
فان الملك لم يثبت للعبد الادفع لحاجته الى اقامة التكاليف فالمنافع حاصله في ملك
الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدونها على ملك المالك لكن لا يتحقق
غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن
شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما
اذا تلف ما يسرع اليه العساد فانه يضمنه بالدرهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من
حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدرهم اليتيم فانه
جائز لامحالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه
الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وباقى
فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى انها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض
الا ترى ان بيع الثياب بالدرهم جائز وان كان احدهما يلبى دون الآخر وعن الثاني
بما ذكرنا ان شراء الثياب بدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل
ان القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعديا في التصرفات وقد عرفت هذا المأخذ ابي
العلل التي هي مناط الحكم او ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا
بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى آخره في المختلف
يعني في مختلف ابي الليث رح وقوله ولا نسلم انها متقومة جواب عن قوله المنافع اموال
متقومة وتقريره انا لا نسلم انها متقومة في ذاتها لان النقوم لا يسبق الوجود والاحراز
وذلك فيما لا يبقى غير منصور بل تنقوم لضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها

عليها بالنراضي ولا عقد في المتنازع فيه الا ان ابي لكن ما ينقص باستعماله مضمون عليه
لاستهلاكه بعض اجزاء العين *

فصل في غصب ما لا يتقوم

لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقيق الغصب فيه حقيقة بين غصب
ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المنصوب منه تقومه او بتغيره
في نفسه الى التقوم **قوله** واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيرة هذه المسئلة على اربعة اوجه
اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي
واتلاف المسلم خمر الذمي ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الاخيرين
فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي رح وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من
الذمي جاز البيع عندنا خلافا له **قوله** سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في
حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة
فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقطت تقومها لا يجب باتلافها
مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولما ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل
لداو الخنزير عندهم كالشاة عند نادل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله
ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمر ورقا لوانعشرها فقال لا تفعلوا و لوهم بيعها وخذوا
العشر من اثمانها فقد جعلها ما لا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر بأخذ العشر من ثمنها
ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لانجاد لهم
على الترك والسيف موضوع يعني لا يجبرون على الترك بالا لزام بالسيف لعقد الذمة
وحينئذ تعذر الا لزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف
مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيصمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي

(كتاب الغصب * فصل في غصب ما لا يتقوم)

عن ابنتين احد لهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذ انهم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم تتركهم وما يدنون واجيب بان لا نسام انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان وقوله بخلاف الميتة والدم جواب المتيسر عليه للشافعي رح لم يذكر في الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمويلها الا انه يجب قيمة الخمر وان كان متلية وتذكر الضمير في الكتاب بتأويل الشراب او المذكور لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تملكها وملكها فان جرت بينهما مباحة جاز لهم التملك والملك وان استملكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه **قوله** وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدنون الى آخره لا تساق ما بعده من العطف حينئذ وقوله لانه مستثنى عن عقودهم يعني بعدم الجوار لقوله صلى الله عليه وسلم الا من ارى فليس يبتا وبنيه صدد وذلك لانه فسق منهم لا تدين لثبوت حرمة الربوا في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد امر تدلذذي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيئا وان كان اعتقاد الذمي ان العبد امر تد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رح * ووجه الجواب انا ما ضمننا لهم ترك التعرض للعبد امر تدلذذي ما فيه اي في ترك التعرض من الاستخفاف بالدين بالترك والا عراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر اصلي والنصراني مقرر على ذلك بخلاف الارنداد **قوله** وبخلاف متروك التسمية يتعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدنون يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل

(كتاب الغصب * فصل في غصب ما لا يتقوم)

اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب
 ان يقول بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامد الا انه مال متقوم في
 اعتقاد الشافعي رح ووجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على
 حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في الجباب الضمان هذا ما قالوه ولنا ثل ان يقول لانسلم
 ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على
 تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله صلى
 الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين
قوله فان غصب من مسلم خمر افعالها او جلد ميتة فذ بغيره فكل منهما على وجهين لان
 التحليل والداغ اما ان يكون بخلط شيء وبماله قيمة او لا فان خال بغير شيء بالنقل
 من الشمس الى الظل ومنه اليها ودغ بالقرط بفتحين وهو ورق السلم والعنص ونحوهما
 فاما ان يكون الخل والجلد باقين او لا فان كانا باقين اخذ المالك الخل بلا شيء واخذ
 الجلد ورد عليه ما زاد الداغ فيدو طريق عليه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى
 قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما والغاصب ان يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس
 في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهويين وان لم يكونا باقين فان
 استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقال يضمن الجلد
 مدبوغا ويعطي ما زاد الداغ فيه وان هلك في يده فلا ضمان عليه بالا جماع والمجمع عليه
 لا يحتاج الى دليل لان دليلا الاجماع ولهذا لم يذكره والتنبيه على ذلك انه ان ضمن
 فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك
 لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه وقوله اما الخل دليل صورة
 الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فليهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه قال
 القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فاما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل فذ بغيره

(كتاب الغصب * فصل في غصب ما لا يتقوم)

فليس للمالك ان يأخذهُ وعن ابي يوسف رحمه الله ان له ان يأخذهُ في هذه الصورة ايضا
و اذا كان باقيا على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه فيضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ
فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر
لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه وقوله ولانه واجب
الرد دليل آخر وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا اُفوت الرد
خلقه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه
لا تقويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير قولهما يعطي
ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني ان القاضي قوم الجلد بالدرهم
والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة وبأخذ ما زاد الدباغ اما اذا قومها بالدرهم
والدنانير فيطرح عنه ذلك الدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد
عليه ولا يبي حنيفة رحمه الله لانسلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة
الغاصب وصنعة متقومة لا استعماله ما لا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسهُ حتى يستوفي
ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعاً للصنعة الغاصب في حق التقوم
ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع اصله كما اذا هلك
من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون
فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك قوله بخلاف
الرد جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد حال قيامه لانه
يتبع المالك والجلد غير تابع للصنعة في حق المالك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل
ان الضمان بعند التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد
يعتمد المالك والجلد فيه اصل لا تابع فوجب رده ويتبعه الصنعة وقوله بخلاف الذكي
والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا وافحمة الذكي استظهارا لان التقوم فيهما

فيهما اي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم
 يوجب الضمان ولو كان الجلد قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه
 اي الذي كان الدباغ فيه بشي متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بخلاف لان
 الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رح
 وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا تركه دليل ان في المسئلة خلافا لدليل المتخالفين ووجه
 ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك
 وهوى الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وفيه نظران العجز في الاستهلاك
 لا من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز
 التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلف في كيفية
 الضمان على قولهما فقبل بضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في صورة
 الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخلل بغير خلط
 شي واما اذا دبغه بمالا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل
 الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه
 صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا
 حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل
 طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر وان اخلل الخمر بالقاء الملمح فيها
 قال المشائخ رحمهم الله صار الخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند ابي حنيفة رحمه الله
 وعندهما اخذه المالك واعطى مازاد الملمح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا يشير الى ان
 ثم قولنا آخرو هو ما قبل ان هذا والاول سواء لان الملمح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي
 كلامه ظاهر سوى الفاظ يشير اليها قوله فهو على ما قبل وقيل بتكرير قيل اشارة الى القولين
 المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فاراد المالك الى ان قال قيل

(كتاب الشفعة)

له ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة ر ح وقوله وهو على أصله ليس باستهلاك
أي أصل محمد ر ح فإن أصله وهو قول أبي يوسف ر ح أيضا أن خلط الشيء بجنسه ليس
باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره
فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله هو له غاصب في الوجهين يعني ما إذا صار
خلا من ساعته أو بعد زمان وقوله اجر واجواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب
الخمير أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول وهو التخليل
بغير شيء كما تقدم وبعضهم اجره على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه
كلها وهو التخليل بغير شيء والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل في ثلث الماء
فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما **قوله** ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا قال في الجامع
الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة
وقوله اهراق له سكر أي صبه يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء واهراق يهريق
بسكونها والهاء في الأول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه إلى آخره ظاهر
لا يحتاج إلى شرح والله اعلم *

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق
تقديمها عليه لكونها مشروعة وانه لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة
بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات
أوجب تقديمه * وسببها اتصال ملك الشئ بملك المشتري * وشرطها كونه المبيع عقارا
وهي مشتقة من الشئ وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشئ وفي
الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جواز

او جوار قوله الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة للخليط في نفس المبيع اي
 للشريك ثم للخليط في حقه كما لشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق قال المصنف ر ج
 افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب والدليل على الاول
 ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم اي تثبت الشفعة
 للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها
 فلم يبق للشريك الاخر حق لافي المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة وقوله صلى الله عليه
 وسلم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا
 والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله
 ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبته في ابطال
 حق تقرر سببه قيل معناه احق بها عرصا عليه للبيع الا يرى انه فسر الحق بالا انتظار
 اذا كان غائبا واجيب بانه صلى الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق قبل البيع وبعده
 وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمته احق وهو كونه على شفعته مدة الغيبته وقوله
 صلى الله عليه وسلم الجار احق بسبقه قيل يا رسول الله ما سبقه قال شفعته وفي رواية الجار
 احق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع * والثاني للشريك
 في حق المبيع * والثالث للجار وقال الشافعي ر ج لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم
 الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان
 اللام للجنس كقوله صلى الله عليه وسلم الاثمة من قريش فتتخصر الشفعة فيما لم يقسم يعني
 اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت
 الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع
 والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه وقوله ولان حق الشفعة دليل له معقول وتقريره
 ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلارضا فكان

(كتاب الشفعة)

الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره
فيا اصلا ولا دلالة اذا لم يكن في معناه من كل وجه وهذا الى الجاري يعني شفعة الجار ليس
في معني ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه ضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله في الاصل
اي في سالم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المتسوم وبفهم من جملة كلامه ان نزاعه ليس
في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبيير
والحمام ولما ماروبنا من الاحاديث من قوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار
رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبة
رواه البخاري وابوداؤد ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار
وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار
احتراز عن المشتري شراء فاسد افانه لا قرار له لوجوب النقص رفعاً للفساد وكل ما هو
كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة
والمجعولة مهر اعتبارا اي الحافا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله
وهذا ليس في معناه لانه في معناه اذا الاتصال على هذه الصفة يعني اتصال التأييد والقرار
انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذا الجوار مادة المضار من ايقاد النار
واثارة الغبار ومنع ضوء النيران واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار وقطع هذه
المادة بتمليك الاصيل يعني الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازاجه عن خطه ابائه اقوى
فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع اسهل من الرفع **قوله**
وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق
الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري
بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكته الشرع من اخذ الشفعة دفعا
للضرر عنه وبقرير الجواب ان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو

وهو التملك على المشتري من غير رضا ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث
لانه في حيز التعارض * وقد اجاب بعضهم بان قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم
من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق مشرك الا لزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين
وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحد اتجب
الشفعة وانما نفى الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة
فربما يسكل انه هل يستحق بها الشفعة ولا فيين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة
فيها * والدليل على الثاني اعني على الترتيب قوله صلى الله عليه وسلم الشريك احق من
الخليط والخليط احق من الشفيع قال المصنف رحمه الله فالشريك في نفس المبيع والخليط في
حقوق المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله
ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولان ضرر القسمة يعني
قد ذكرنا ان دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة للاستحقاق
صلح مرجحا لان الترجيح ابدأ انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق **قوله** وليس للشريك
في الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ثبت ان المناخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم
في ظاهر الرواية فان سلم فللمناخر ان يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل
الا ان للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك
اذا علم بالمبيع ليتمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له
بعد ذلك وابو يوسف في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذا كان بين الاخذ
والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل
ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو
مقدم على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رخ لان اتصاله اقوى

لان المتزل من حقوق الدار ومرافقة ولهذا يدخل في بيع الدار مني ذكر مع كل حق
هولها والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم
شيء واحد فاذا صار الحق بالبعض كان الحق بالجميع والرواية الاخرى انه والجار سواء
في بقية الدار ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص
بما اختاره من بين التفسير المذكورة له * والقراح من الارض كل قطعة على حبالها ليس
فيها شجر ولا نبات سمح وذكر استحقاق الشفعة في السكة واحاله على ما ذكره في كتاب القضاء
بقوله والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي وهو قوله لان فتحه للمرور ولا حق لهم
في المرور * واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل من له
ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة
ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير يؤخذ منه
نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان كانت سكة غير نافذة تشعب
منها سكة غير نافذة الى آخره فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز الطريق فلذلك قال على
قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الا صغر كانت الشفعة لاهل النهر الا صغرا لاهل
النهر الصغير كما في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسألة صاحب الجذوع
وهي واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار **قوله** واذا اجتمع
الشفعاء اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي رح فان كان
دار بين ثلاثة لاحد هم نصفها والآخر ثلثها والآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه
وطلب الشريكان الشفعة قضى بذلك بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله اثلاثا
بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها التكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدور
بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم تساوا وفي سبب الاستحقاق وهو الاتصال
الا ترى انه لو اقرن واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب

في سبب الاستحقاق بوجوب التساوي فيه لا محالة ثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال
 سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فاني بتساوي ان احباب بقوله وكثرة الاتصال
 تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق
 الجميع والتوزيع انما يكون بقوة في الدلائل لا بكثرةها ولا قوة ههنا الظهور الاخرى بمقابلتها
 حتى يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لان المرجوح يندفع في مقابلة
 الراجح وعوض بان الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد فيجوز ان يكون
 صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان
 كالابن فانه يستحق جميع التركة عند انفرداه والثلاثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية
 مطلقا تستلزم ذلك او التي لم تجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم
 ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والالزم
 التوزيع بكثرة العلة وليس بصحيح الا ترى ان الشاهدين والاربعة سواء ولم تستلزم الهيئة
 الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم تجتمع في الابن علتان انضمت
 احد لهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عضويته يجعل
 الشارع كذلك من حيث الحالين وقوله وتملك ملك غيره جواب عن جعل الشفعة من
 ثمرات الملك يعني ان التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له
 التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه **قوله** ولو اسقط بعضهم يعني اذا
 اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلوا اما ان يكون قبل القضاء له بحقه او بعده فان كان
 قبله فالشفعة للباقي في الكل على عدد هم دون انصائهم كما تقدم لان السبب في حق
 كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض
 غائبا يقضى به بين الحاضرين على عدد هم لان الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب
 وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضى للحاضر باجمع ثم حضر آخر

وطلبها بقضي له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية
وان كان بعد القضاء له بحقه فليس للآخران يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار
كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه في قضية
لا يصير مقضيا له فيها ولا يفرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم اقوى
كالشريك مع الجار وكذا الواسم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا بأخذ القادم الا النصف
وهو مسئله الكتاب لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل
التضاء **قوله** والشفعة تجب بعقد البيع قال في المختصر والشفعة تجب بعقد البيع وهو يوهم
ان الباء للتسبية فيكون سببها العقد وليس كذلك لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله
ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشائخ رحمهم الله
لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق
بالاتصال ملك البائع بملك الشئع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار
لتحقق ذلك ورد بانه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا يبرى
ان البراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط
ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة
التسليم كاداء الزكوة قبل السؤل واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان
ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق
الشرط غير خاف على احد **قوله** والوجه فيه اي في هذا التأويل ان الشفعة انما تجب اذا
رغب البائع عن ملك الدار ورغبته عنه امر خفي لا يطلع عليه وله دليل ظاهر يعرفه وهو
البيع في مقام مقامه والاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع
دليل على ذلك قائم مقامه بدليل ان البيع اذا ثبت في حق الشئع باقرار البائع به صح له
ان يأخذه وان كذبه المشتري ونقض بما اذا باع بشرط الخيار او وهب وسلم فان الرغبة عنه

عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف
 الاقرار فانه يخبر به عن انتطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك
 لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا يقطع عنه حقه بالكلية **قوله** وتستقر
 بالاشهاد للشفعة احوال * استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم * واستقرار وهو
 بالاشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب الموأنة اي من طلب الشفعة على المسارعة *
 اضاف الطلب الى الموأنة لتلبسه بها لانه اي لان الشفعة ذكر الضمير نظرا الى الخبر
 حق ضعيف يبطل بالاعراض قال عليه السلام الشفعة كحل العقال ان قيدها ثبت وهو كناية
 عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على انه اعرض عنه اودام عليه
 والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي
 ولا يمكنه الا بالاشهاد * وتملك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي
 ودليله المذكور ظاهر **قوله** وتظهر فائدة هذا اي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين
 الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصورة الاولى يعني اذامات
 الشفع لان لم يملكها فلا يورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو
 الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه
 لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله ثم قوله تجب بعقد البيع يعني قول القدوري *

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفية وتقسيمه **قوله** واذا علم الشفع
 بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى الفاظ يتنبه عليها طلب الموأنة سمي به تبركا بلنظ
 الحديث الشفعة لمن واثنها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة **قوله** وهو ان يطلبها كما
 علم اي من غير توقف سواء كان عنده انسان اولم يكن وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

الباب لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد يعني ربما
يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقة ان طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط
ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب
الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري ربح لو قيل لقروي بيع ارض بجنب ارضك فقال
شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا صحيحا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة
واخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل
لانه انشاء صرفا ومنهم من قال لو قال اطلب واخذ يبطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره
المصنف ربح وقوله واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكره
في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي وازاد باخوانه
الموائين اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وقوله بخلاف
المخيرة اذا اخبرت عبده اي عند ابي حنيفة رحمه الله يعني ان المرأة اذا اخبرت بان زوجها خيرا
في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر او لا فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق
والا فلا ما ذكرناه انه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه احدى شرطي الشهادة وقوله او
على المبتاع يعني المشتري او عند العقار قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب
الاشهاد بعد طلب الموائبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة بان سمع الشراء حال
غيبته عن المشتري والبائع والدارا ما اذا سمع الشراء بحضرة احدى هؤلاء فطلب طلب الموائبة
واشهد على ذلك فذلك يكفي ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلاثة وقصد
الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان نواحي مصر
جعلت كناية واحدة ولو كان احدى في مصر والاخران في مصر اخر او في رستاق هذا
المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالسكن
من الاشهاد عند حضرة احدى هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته **قوله** ولا تسقط

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

تسقط الشفعة بناءً خبر هذا الطلب يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وإنما قال معناه
 إذا تركها من غير عذر لأنهم اجتمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك و
 لم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لإبطال شفعته وأن طالت المدة **قوله** وما ذكر من الضرر
 جواب عن قول محمد رَحِمَهُ اللهُ يعني أن الشفع إذا كان غائباً لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب
 بالاعتاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا تبطل
 وهو غائب لا تبطل وهو حاضر * نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفع إذا كان غائباً فعلم
 بالشراء فإنه ينبغي أن يطلب طلب الموائمة ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري
 أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الأشهاد فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير إلى أحد
 هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له **قوله** وإذا تقدم
 الشفع إلى القاضي هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفية من بعد وكلامه ظاهر **قوله** لا اختلاف
 أسبابها فإنها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره
 أولاً وبما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سبباً فإنه سبب عند شريح إذا كان أقرب باباً
 فلا بد من البيان وقوله ثم دعواه قبل لم يتم بعد بل لا بد وأن يسأله فيقول هل قبض المشتري
 المبيع أولاً لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب
 ثم يقول له متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولاً فإن
 عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى
 وهذا لا يلزم المصنف رَحِمَهُ اللهُ لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله في عدم البطلان
 بالتأخير وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الأشهاد فإن قال طلبت حين علمت أو أخبرت
 من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب
 بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره فإن قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه
 فإن اعترف بملكه الذي يشفع به والاكلفه إقامة البينة لأن اليد ظاهر محتمل يحتمل

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

ان يكون يدملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد تم
دعواه وان عجز استخلف المشتري بطلب الشفع انه لا يعلم ان الشفع مالک للذي ذكره
مما يشفع به لانه ادعى عليه امر الواقع لزمه فاذا انكره لزمه اليمين على العلم لكونه استخلافاً
على ما في بد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل
اتباع ام لا فان اقر فذاك وان انكر قيل للشفع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز عنها
استخلف المشتري على انه ما اشتراه او ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره
فهذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه يريد ما ذكره في فصل
كيفية اليمين والاستخلاف من كتاب الدعوى **قوله** وتجوز المنازعة في الشفعة وتجوز
المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي
بإلزامه احضار الثمن قال المصنف رح وهذا ظاهر رواية الاصل ولم يقل هذا رواية
الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة
من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه او من
ورثته ان مات وعن محمد رح انه لا يقضي حتى يحضر الشفع الثمن وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة رحمهما الله لان الشفع قد يكون مفلساً فيتوقف القضاء على احضاره حتى
لا يتوى مال المشتري والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع ان البائع ازال المبيع
عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد اضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له باطل ملك المشتري
وانما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشتري ههنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار
ليقال اضر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفع يملك عليه كرها دفعا للضرر عن
نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن
المشتري باطل الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن * وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل
لقضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضاء بها

بها يتمكن المشتري من المطالبة واذا قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند مخمدرح ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه به فلواخر اداء الثمن بعدما قال له اذ فع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي **قوله** وان احضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة له اي معتبرة كيد الملاك ولهذا كان له ان يحبسها حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا ان الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحض منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كاتري اما كونه خصما فقد بيناه واما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلين اشترك في احدهما مع البائع وتفرّد بالآخرى اما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع عليهما ولا بد من حضور المقتضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت فان حضور البائع اذا كان غير معتبر لصيرورته اجنبيا لم يبق له يد ولا ملك * واما ما تفرّد به فهو ما ذكره بقوله وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان ينسخ لا بد من حضوره ليقضي بالنسخ عليه ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يقضي الى انتقائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله ثم وجه هذا النسخ المذكور ان ينسخ في حق الاضافة لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع وان كان ممتنعاً لغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى اصل البيع يعني الصادر من البائع وهو قوله بعث بمجرد اعن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فاندلوا بنسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا في استحيل البقاء بتحويل الصفقة

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

الى الشفيع وبصير كانه المشتري من البائع وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البينة وثبتها مع بقاء
العقد كما كان منعدرا لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه
من جانب المشتري فلا ينعدي الى غيره وهذا اختيار بعض المشائخ رخص وهو المختار * وقال بعضهم
تنقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع
خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان له ان يرد الدار اذا اطلع
على عيب والمشتري اشتراها على ان البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك * والجواب
ان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما نغير في حق المشتري بعارض لم يوجد
في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفة الى الشفيع موجبة للسلامة
نظرا الى الاصل **قوله** فلنحوّل الصفة اليه يرجع بالعهد على البائع لانه بائع كما كان
ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذة الشفيع من يده
حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالتبض **قوله** ومن اشترى دار الغيرة فهو الخصم
المشتري اذا كان وكيفا فاما ان سلم المبيع الى موكله قبل الخصومة او لا فان كان الثاني
فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد والاخذ بالشفعة من
حقوقه وان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لان الوكيل
كالبايع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكيمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل
كنسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل
لو كان الوكيل بالشراء كالبايع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا
في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما ان الحكم كذلك في البائع
والمشتري على ما تقدم اجاب المصنف رخص بقوله الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل لكونه
نائبا عنه فيكتفى بحضوره والبائع ثم ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره **قوله**
وكذلك اذا كان البائع وكيفا ظاهر وقوله وكذا اذا كان البائع وصيا يعني يكون الخصم

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والخصومة فيها * فصل في الاختلاف)

الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغاراً وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازاً عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقبل المراد به كون الورثة صغاراً فان الوصي يبيع التركة اذا كانت الورثة كباراً لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله واذا قضى للشفيع بالدار الى اخره ظاهر وقد ذكرناه ايضا الله اعلم بالصواب *

فصل في الاختلاف

ما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه **قوله** واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار باقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخبر الشفيع بين الترك والاخذ فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل والقول قول المنكر مع بيمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد ثم نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه وان اقاما البينة فهي للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح هي للمشتري لانها اكثر اثباتاً فصار كبينة البائع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بيته الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العدو ومع بيته المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فانها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة ولهما انه لا تناقض بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف واخرى بالفين على ما شهد عليه البيتان وفسخ احدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لنا كدخلة فجاز ان يجعلهما موجودين في حقه ولان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانهما لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول فالجمع بينهما غير ممكن فيصار

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والخصومة فيها * فصل في الاختلاف)

الى اكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو التخريج لبينة
الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري ولا يمكن توالي العقد بين بينهما الا بانفساخ الاول
فغذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد رح ان البينة بينة الموكل
لان الوكيل صدر منه اقرار ان ابي بحسب ما توجه البينتان فكان للموكل ان يأخذ
بأيهما شاء واما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم
ولم يذكر فيه قول ابي يوسف رح ولئن سلمنا ان البينة للمشتري فذلك باعتبار ان
التوفيق متعذر ان لا يصح البيع الثاني هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة
ابي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة حكاهما محمد رح واخذ بها وقوله ولان بينة الشفيع
ملزمة لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء وابي
والملزم منها ولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت
لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يخبر بين ان يأخذ او يترك وغير الملزم منها في مقابلة
الملزم غير معتبر طريقة اخرى له حكاهما ابو يوسف رح ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت
التفرقة بينهما وبين بينة البائع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحد منهما ملزمة فلهذا صرنا
الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم اكثر منها ملزمة على بينة المشتري
من العدو ولانها غير ملزمة **قوله** واذا ادعى المشتري تساوا ادعى البائع اقل منه اذا
اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما ان يكون مقبوضا او غير مقبوض او يكون القبض
غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما ان يدعى البائع اقل او اكثر
فان كان اقل اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطاعا للمشتري ووجه المذكور
في الكتاب واضح وقوله ولان التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بايجابه
لانه لو لم يقل بعت لايثبت للشفيع شيء الا يرى انه لو اقر بالبيع وانكره المشتري ثبت
له حق الاخذ وان كان كذلك كان القول قوله وان كان اكثر وليس لهما بينة تحالفات ورايا

وتراد بالحدث المعروف وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فباخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وبأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظر للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم وان كان مقبوضا اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البائع بالقبض او لا فان كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض ان المشتري بدعي اكثر مما يقول البائع والد ار في يد المشتري فاما ان يقرأ ولا بمقدار الثمن ثم بالقبض او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعث الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البائع اي بالالف لانه اذا بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق باقراره بالثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى اجنبيا من العقد اذا ملك له ولا يدو حيث يجب ان يأخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم آنفا ان الثمن اذا كان مقبوضا اخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله وبأخذها بما قال المشتري لان بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار اجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان المبيع اذا كان في يد البائع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهذا ظاهر لانه لم يصرا اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا الله اعلم *

فصل في ما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والتقصوطة فيها * فصل في ما يوجب خذبه المشفوع)

به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لان الثمن تابع **قوله** واذا حط البائع عن المشتري حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المراجعة دون الشفعة لان في المراجعة ليس في التزام الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع باقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب ان البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يستطع عنه شيء لان حط البعض يلحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذ بالثمن والثمن ما بقي واذا حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بينه في البيوع في فصل قبيل الربوا وباقي كلامه ظاهر **قوله** ومن اشترى دارا بعرض ابي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها الشفيع بقيمتها اي بقيمة العرض لانه من ذوات القيم وان اشترىها بمكيل او موزون اخذها بمثلها لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالتقدير الممكن فان كان له مثل صورة ملكه به والا فامثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله بالتقدير الممكن يشير الى الجواب عما قيل القيمة يعرف بالحرز والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على ان يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحرز والظن ووجهه ان مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان اخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة وقوله وان باع عقارا بعقار ظهر وجهه مما تقدم واذا باع بثمن مؤجل الى اجل معلوم فالشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينتضي الاجل ثم يأخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا وقال زفر رح له ذلك وهو قول الشافعي رحقديم لان الاجل وصف في الثمن كالزيادة

كالزيادة والاخذ بالشفعة به اي بالتمسق فياً خذ به باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل
انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع فلا اجل فيما بين الشفيع وبينهما
وقوله وليس الرضاء ليل آخر تقريرة لا بد في الشفعة من الرضاء لكونها مبادلة ولا رضئ
في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضى في حق
الشفيع لتفاوت الناس في الملاة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل بالضم ولقائل ان يقول
لما كان الرضى شرطاً وجب ان لا يثبت حق الشفعة لا تنقائه من البائع والمشتري جميعا
وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري
ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قول زفر رح
ووجهه ان وصف الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري والثمن
حق البائع وقوله وصار كما اذا اشترى شيئاً ظاهر وقوله لما يبي اشار الى قوله لا ممتنع
قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في اواخر باب طلب
الشفعة وقوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثلث مؤجل الى آخره
يوهم ان الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشائخ رح كما تقدم وليس كذلك
بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى
الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه وقوله وان اختار الانتظار ظاهر وقوله لقول
ابي يوسف رح الاخر احتراز عن قوله الاول روى بن ابي مالك ان ابا يوسف رح كان
يقول ولا تقول لهما ثم رجع وقال له ان باخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان
الطلب انما هو الاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ
بعد حلول الاجل او بمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلafائدة في طلبه في الحال
فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لعارضه عن الاخذ ووجه قولهما وقوله او لا ما ذكره
في الكتاب وفيه اغلاق وتقريرة حق الشفعة يثبت بالبيع اي عند العلم به والشرط الطلب

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والخصومة فيها * فصل)

عند ثبوت حق الشفعة * ويجوز ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة
و حق الشفعة انما ثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع واما الاخذ فانه يترأخى
عن الطلب فيجوز ان يتأخر الى انتضاء الاجل وقوله وهو ممكن من الاخذ في الحال
جواب عن قول ابي يوسف رح الآخرة وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان
فلا نسلم انه ليس بممكن من الاخذ في الحال بل هو ممكن منه بان يؤدي الثمن حالاً **قوله**
واذا اشترى ذمي دار الخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير
ووجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمي احتراز عما اذا كان مرتداً فانه لا شفعة له سواء قتل علي
ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلماً
اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال المصنف رح اما الخنزير فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم
واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر من قيمته كما تقدم
في باب من يمر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفع واجبة بقدر الامكان ومن
ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر
الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف
في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف الشفع والمشتري في مقدار الثمن واذا
اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لغوات القبض المستحق بالعقد والإسلام
يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفع في الشفعة لان
وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحاً وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر

فصل

الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه وبفعل الغير عارض فكان
جديراً بالتأخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم اخذ الشفع بالشفعة فهو

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والخصومة فيها * فصل)

فهو بالخيار ان شاء اخذ الارض بالثمن الذي اشترى به المشتري بقيمة البناء والغرس
وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رح انه لا يكلف القلع ويخبرين ان يأخذ
بالثمن بقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وهو احد فولي الشافعي رح وله قول آخر
وهو ان له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف رح انه محقق في البناء لانه بناء على انه
ملكه والمحقق في الشيء لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع من احكام العدوان واستوضح ذلك
بالموهوب له الشيء فانه اذا بنى ليس للواهب ان يكلفه القلع ويرجع في الارض و
بالمشتري شراء فاسدا اذا بنى وبالمشتري اذا زرع فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا
اي ما قلنا انه لا يكلف لان في الجواب الاخذ بالقيمة دفع لاعلى الضررين ضرر المشتري
وهو القلع من غير عوض يقابله بتحمل الادبي وهو زيادة الثمن على الشفع بقيمة البناء
لوجود ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير اليه وجه ظاهر الرواية ان المشتري
بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير تسليط من جهة
من له الحق وكل من بنى في ذاك ينقض بناؤه كالمراهن اذا بنى المرتهن في المرهون وقوله
من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسدان
بناء هما حصل بتسليط الواهب والبائع وهذا اي نقض البناء لحق الشفع لان حقه اقوى
من حق المشتري ويجوز ان يكون هذا اياها لكون حق الشفع متأكد لانه اي الشفع
يتقدم عليه اي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله
مسجدا او مقبرة فكذا انتقض تصرفاته بناء وغرسا بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط
من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف
عليه وانما قيد بقوله عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد
اذا بنى المشتري في المشتري انما هو قوله واما عند هاهنا الاسترداد بعد البناء كالشفيع
في ظاهر الرواية **قوله** ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل فيهما اي في الهبة

(كتاب الشفعة * باب طلب الشفعة والخصومة فيها * فصل)

والبيع الفاسد ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق اى حق الشفعة يبقى ولا يلزم
من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء
في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة رح فلا استدلال به لا يصح والجواب
انه يكون على غير ظاهر الرواية اولاه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله
فلا معنى لا يجاب القيمة راجع الى اول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى
لا يجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى او غرس ثم استحق
رجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك
ههنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكما اذا زرع المشتري ولم يجب
عن قوله لان في الجواب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لان قوله وهذا الان حقه اقوى
من حق المشتري تضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون
بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم * وطول بالفرق بين بناء
المشتري في الدار المشفوعة وصنعها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان يأخذها ويعطي
ما زاد فيها بالصنع وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق
فالفرق ان النقص لا يتضرر به المشتري كثير السلامة النقص له بخلاف الصنع وقوله وان
اخذه بالقيمة معطوف على مقدردل عليه التخيير وتقديره الشفيع بالخيار ان شاء كلف
القلع وان شاء اخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه
في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس فاستحققت الارض رجع بالثمن لا غير اخذه
من البائع او المشتري لانه تبين ان اخذه كان بغير حق وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع
بقيمة البناء والغرس ايضا لانه ممتلك على المشتري فنزلا منزلة البائع والمشتري ثم
المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع
والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشتري مغرور ومسلط على البناء والغرس من

من جهة البائع ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قوله** وانا انهدمت
الدار كلامه ظاهر والتأمل فيه يرشد الى ان في قول من قال انهم يعني ائتمتاز عموما ان
البناء اذا احرق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته
من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلّة التأمل فان منشأ الفرق ليس فعل
الماء وانما منشأه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فات من غير صنع
احد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصّة ما غرق من الثمن
وان نقض المشتري فالشفيع ان شاء اخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان
البناء صار مقصودا بالاكتلاف فيقال بله شيء من الثمن وقد مر في البيوع وليس للشفيع ان ياخذ
النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعاً بقي منقولاً ولا شفعة فيه وقوله ومن ابتاع ارضاً ظاهراً وقوله
وما كان مركباً فيه يعني مثل الابواب والستور المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان
الجارية المبيعة اذا ولدت ولداً قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد حكم التبعية حتى
يكون الولد ملك المشتري كالام وقوله في الفصلين يريد به ما اذا كان في النخل ثم رقت الشراة ثم
جذده المشتري وما اذا لم يكن ثم ثمّر ثم جذده ثم جاء الشفيع لا تحاد العلة وهو عدم الاتصال
لان التبعية كانت به وقد زال وقوله في الكتاب يعني به مختصر القندوري الله اعلم *

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الوجوب مجملًا لان التفصيل بعد
الاجمال **قوله** الشفعة واجبة في العقار الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو ما له اصل
من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم اي لا يخلط القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ
بالشفعة ما كان متصلاً بطريق التبعية فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد
بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان واسله ما احاط به والحسب

(كتاب الشفعة * باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب)

بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهري الفتح وقال انما يسكن في ضرورة
الشعر وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار
لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفلى بل اذا كان له ذلك كان
استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار والمسلم والذمي
فيه سواء وقال ابن ابي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر
ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار
وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير
والكبير ولا لاشفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر
في المال ويستوى الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا ومكاتباً فاذا كان البائع
غير المولى فلعبد المأذون الشفعة مديونا كان اولوا وان كان هو المولى فان كان عليه دين
فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى
جائز دون غيره **قله** واذا ملك العقار بعوض هو مال قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار
ومن شرطها ان يملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك
به المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ
به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قد م الشفيع على المشتري
في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب
لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به الممتلك وعلى هذا الاشفعة
في الدار يتزوج الرجل عليها ويخالع المرأة عليها ويستأجر بها دارا او غيرها اي غير دار من عبد
وحائرت او بصاح بها عن دم العمد او يعتق عليها عبد لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء
للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل
المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع الى آخره كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل

(كتاب الشفعة * باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الى آخره استظهارا وعند الشافعي رحمه الله
تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل واجر
المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق وان تعذر الاخذ
بدلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله اي قول الشافعي رح
يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهورا او ما يضا فيه اي ما يشابه المهر كيدل الخلع والاجارة
لانه لا شفعة عنده الا فيه حيث لا يرى شفعة الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام **قوله**
ونحن نقول جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما
ان يكون مطلقا او ضروريا او الاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة
قوله وكذا الدم والعنق غير متقوم انما افرد ههنا لان تقويمهما بعد لانهما ليسا بما لين
فضلا عن التقويم واستدل على ذلك بقوله لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص
المطلوب وهو المالمية لان القيمة انما تقوم مقام العين من حيث المالمية لا غيرها من الاوصاف
كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العنق اسقاط وازالة والدم ليس
لاحق الاستيفاء وليس من جنس ما يتمول به ويدخرو قوله وعلى هذا البيان ان الفرض
عند العقد وبعده سواء في كونها مقابلا للبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او بالمسمى
فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالة ولا شفعة
في الشراء الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون معلوما عندهما وبانه جهالة في الساقط والجهالة
في الساقط لا تفضي الى المازعة والمفسدة ما افضت اليها ولو تزوجها على دار على ان ترد
عليه النافلا لشفعة في جميع الدار اي في شيء منها ولا تجب في حصته الا ان يقسم قيمة الدار على
مهر المثل والف درهم لانه مبادلة البقية في حقه اي في حق ما يخص الاف وابو حنيفة رحمه الله
يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينقذ بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح
فيه ولو كان البيع اصلا لفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني

(كتاب الشفعة * باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

نفسك وقوله ولأن الشفعة دليل آخر وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة بالمالية
وأما أن يكون هي المقصودة فممنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا يرى أن المضارب
إذا كان رأس ماله ألفاً فاجبر ربح الغائم اشترى بالألفين داراً في جوار رب المال ثم باعها
بالفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لأن الربح تبع لرأس
المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لأن البيع كان لرب المال لأن المضارب
وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجي فكذا في حصة الربح وهو التبع
قوله أو يصالح عليها بانكار عطف القدوري رحمه الله قوله أو يصالح عليها بانكار على قوله
أو يعتق عليها عبد من الصور التي لا تجب فيها الشفعة وليس بصحيح بل نظ عليها كما وقع
في أكثر نسخ المختصر وكلامه فيه ظاهر وقوله إذا لم يكن من جنسه أي إذا
لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه كان
أخذ حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة **قوله** ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في قوله
بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً إلا أن تكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من القبض
فانه إذا وهب دار للرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقابضا
ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة
أن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً
في العقد فانه لا يثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض أن كان العوض داراً لأن كل واحد
منهما هبة مطلقة من العوض إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط الخيار
للبيع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع عن الشفعة كما في البيع
الفاسد فلان يمنع بقاء ملكه كان أولى فان استقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن
الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك
عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ رحمهم الله أنه يشترط الطلب عند

عند وجود البيع لانه هو السبب **قوله** وان اشترى بشرط الخيار ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله من قبل وتجب بعقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع من ملك الدار الى آخره **قوله** واذا اخذها اي اذا اخذ الشفع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين من البائع والمشتري فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها فان اخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لانه قرر ملكه واقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها للمشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائد المتصلة والمنفصلة ولتبين انه اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال وهو ما ذكره البلخي ان من اصل ابي حنيفة رحمه الله ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا يستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله او ضمناه في البيوع قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت بجنبها دار الى آخره وقبل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رائجة كانت في حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيع هذه الكتاب فيجوز ان يكون اوصحة في كفاية المنتهي ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشتري **قوله** واذا اخذها يعني اذا اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع وقوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها ظاهر وقوله ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى يعني الذي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع ان يأخذها دون الثانية وهي التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية **قوله**

(كتاب الشفعة * باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ومن ابتاع دارا شراء فاسدا اول كلامه واضح وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاد صحيبا فحق الشفعة باق على حاله الا ترى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقاضا حتى اسلمها واسلم احدهما ارقبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفع في الشفعة باق لان فسادا بعد وقوعه صحيبا وقوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعتراض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد واجيب بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلوا سقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفاك البيع الفاسد عن مفسد فاما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان المشتري ذلك صار اخص بالمبيع تصرفا حيث تعاق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك بوجوب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن في الخيار المشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف واعتراض بانا لانسلم انه ممنوع عن التصرف بل له ان يبيع يباعا صحيبا ولا يبقى لبايعه حق النقص وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا لانسلم ان له ذلك بل هو منهى وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطى حالة الحيض وبه تحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من

من الشرع ممتنع وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك كبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع واري ان قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير له كان كافيا وورد الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لرفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لرفع الفساد لكنه اتى بالسؤال والجواب اشارة الى ان الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور او على من صار احق بالمبيع تصرفا والمشتري بالخيار ان لم يكن مالكا فهو احق بالنصرف والمشتري شراء فاسد ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند ابي حنيفة ربح وبالباع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو ابي المشتري شفعها لان الملك له لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث اخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لا نقول المشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة بشراء فاسد مع عدم الفساد في التي اخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبت الشفعة ثم لا تنتقل الشفعة من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز ان قيل الملك وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة بشراء فاسد فان بقاء ذلك منع الشفيع عن اخذ المشتري بالشراء الفاسد اجيب بان ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن بمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقريره هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد ثم ان سلم البائع الدار المبيعة بالبائع الفاسد الى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت الشفعة لزوال ما كان يستحقها به كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع

(كتاب الشفعة * باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب)

بعد الحكم بها ليس بشرط وان استرد ها اي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل
الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لا تقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا
تنبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وان استرد ها بعد الحكم بقيت
الثانية لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط **قوله** واذا
اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم
بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها جبر القاضي والشفعة ما شرعت
الافراز المبادلة المطلقة لانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر
قوله واذا اشترى دارا فسلم الشفعة ثم رد ها للمشتري بخيار رؤية او خيار شرط او بعيب
بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعني
فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه واما اذا رد ها بعيب بغير قضاء فاما ان يكون
قبل القبض او بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من اصل ولهذا يتمكن من الرد
بغير رضا صاحبه او قضاء القاضي وان كان الثاني وهو مراد القدوري ففيها الشفعة على
ما ذكر في الكتاب قال الشارحون قوله ومرادة اي ومراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء
فاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض
وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما واما
رواية الكسر فمعناها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل
واما رواية الفتح فقد اثبتها الفقيه ابو الليث رح في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة
ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رد بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته
لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سمعنا وانكر فخر الاسلام ومن تابعه كالصدر الشهيد
وصاحب الهداية هذه الرواية كما ذكر في الكتاب والامام قاضيخان في شرح
الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكبلا او موزونا من جنس واحد لان

لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون عين ما وقع في الاولى او مثله فلا فائدة فيه فاما اذا كانت عقارا او غيره فانهم اذا اقساموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافق فيكون مفيدا الله اعلم *

باب ما تبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة اولم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق اولم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالمطلق والعناق قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعني طلب الموائبة وهو يقدر على ذلك بطلت الشفعة وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعضه قول المصنف ربح من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة وقوله ههنا لا عراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة فلا عراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلوة فترك طلب الموائبة فهو على شفعته وكذا ان طلب الموائبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضحه فيما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق مقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق مقرر في المحل لا يصح الاعتبار عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان آجرتنيها او اعترتيها فبالفساد وهو ما ذكر فيه المال اولي

كتاب الشفعة * باب ما تبطل به الشفعة

والفاحش بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالا جارة والجاربة والتولية ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذ لم يتعلق بشرط وقد وجد الاستا ط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لاننا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين * احدهما ان يصلحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض * والثاني ان يصلحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض **قوله** وكذا الوبا ع شفعته يعني انها تبطل لما بيننا ان حق الشفعة ليس بحق منقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فانقبل حق الشفعة كحق التقصاص والطلاق والعناق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف التقصاص لانه حق منقرر والفاصل بين المترو وغيره ان ما يغير بالصلح عما كان قبله فهو منقرر وغيره غير منقرر واعتبروا ذلك في الشفعة والتقصا ص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له التقصاص وبالصلح حصل له العصمة في ذمته فكان حقا منقرا واما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا منقرا وبخلاف الطلاق والعناق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لا مرا ته اختاري ترك الفسخ بالف فاخترت المخيرة الزوج وامراة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان اخذ العوض اكل مال بالباطل وهو لا يجوز الكفالة بالنفس في هذا اي في بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية ابي حفص رح قيل وعليه

وعليه التنويه ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان رح لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضاء ولهذا لا يسقط بالسكوت وتتمام الرضاء انما يتحقق اذا وجب المال واما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية اي رواية ابي سليمان رح في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هي اي هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف في موضعه اي في المبسوط **قوله** واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة وانبتها بطليين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته ان يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي رحمه الله الاول كالثاني بناء على اصله ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانقضاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا الوازله باختياره بان باع سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار السرط في ان الثابت للشفيع حق ان يملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته اي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقصه كما لو باعها المشتري في حياته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينتقض لانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق

(كتاب الشفعة * باب ما تبطل به الشفعة)

نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذاً واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل القضاء بها فاما ان يكون
باتاً وبالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل
التسليم ولهذا اي ولان زوال السبب مبطل يزول به اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع
بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط لبس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا او ابرأ
عن الدين ولا يعلم ان له ديناً عليه وطولب بالثرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة
من المشتري او استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا واجب بان المساومة
والاجارة لم توضعا للتسليم وانما تسقط بهما لدلالتهما على رضا الشفيع والرضا بدون العلم
غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والبراء ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم
انه يبطلها وان لم يعلم واجب بان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفعته لان الخيار
يمنع الزوال فبقي الاتصال **قوله** ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ذكر
الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب المال اذا باع المضارب
دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري او اشترى له
كالموكل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب ان الاول يسعى في نقض ما تم من جهته
وهو البيع والثاني لبس كذلك لان اخذه بالشفعة كالشراء في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة
انما تبطل بالرغبة عنها وكذلك اي كوكيل البائع لو ضمن للمشتري الدرك آجلا
عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرز المشتري
الا ضمنا نه فكان الاخذ بالشفعة سعي في نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره
الى آخره واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل منها او بحنطة او بشعير
قيمة الف او اكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته ما في الاول فلانه انما سلم استكثار الثمن المذكور فاذا
ظهر اقل من ذلك بطل تسليمه * قال في النهاية كانه قال سلمت ان كان الثمن الف اراد انه تسليم

(كتاب الشفعة * باب ما تبطل به الشفعة *)

تسليم مشروط بشرط فينتفى بانتهاء شرطه وفيه نظر سيأتي بخلاف ما اذا ظهر اكثر من الف فان
 مستكثر الالف اكثر استكثار الاكثر فكان التسليم صحيحا وما في الثاني فلا نه ربما سلم لتعذر الجنس
 الذي بلغه ونيسر ما بيع به اذ الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر
 غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وبكلف لذلك
 كثير اوهو يعلم بالا ولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح
 اذا ظهر اقل كان اولى لان مستكثر القليل يستكثر الكثير فلما كان على شفعته اذا ظهر الاكثر
 مع وجود هذا الاحتمال المستط فلان يكون عليها اذا ظهر اقل مع عدم هذا الاحتمال اولى
 وكذا اكل مكيل او موزون او عدي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم انها
 بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فصار كما لو قيل
 بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كانت قيمته اقل من ذلك لم يصح التسليم وان
 ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفرح له الشفعة لا خلاف
 الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولما انها جسد واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة
 احدهما بالآخر متيسرة عادة واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين انه غيره
 فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضاء بجوار شخص قد لا يكون رضى بجوار غيره قال محمد رح في الجامع
 لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشترتها لغيره فهذا ليس بتسليم
 وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض
 كالمطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجودة وهذا كما ترى يناقض قول
 المصنف رح فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالغاسد اولى وقوله في ظاهر الرواية
 احتراز عما روي عن ابي يوسف رح على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف
 دون الجميع وقد يكون حاجته الى النصف لئتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع *

فصل

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يأنذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بانه وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار **قوله** الا ان المشتري في الثاني شريك لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار **قوله** فان اراد الحيلة هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفعين في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله الا انه اذا استحققت المشفوعة استثناء من قوله وهذه حيلة اخرى يعني انها حيلة عامة الا ان فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار فيتضرر به اي يرجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار وقوله والا وجه الى آخره تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين الغائم يقبض تسعة آلاف وخمس مائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير مثلا فلو اراد الشفعين ان يأخذها اخذها بعشرين الفا ولا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف وقوله ولا يكره الحيلة اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان يكون للرفع بعد الوجوب او لدفعه فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فية قال بعض المشائخ رحمهم الله غير مكروه عند ابي يوسف رح مكروه

مكرهه عند محمد راجح وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قال فصل الشفعة على فصل الزكوة *
ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وانما الخلاف في فصل الزكوة *

مسائل متفرقة

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك ولم يذكر محمد راجح في الجامع الصغير من مسائل الشفعة الا هذه والغاظة ظاهرة سوى ما تنبه عليه قوله فينضرر به اي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر وهي زيادة ضرر التسقيص فان اخذ الملك منه ضرر وضرر التسقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرر ازاؤد وقوله ولا فرق في هذا اي في جواز اخذ الشفيع نصيب احد المشتريين بين ما اذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وقوله هو الصحيح احتراز عمار واه القديري * قال روي عنهم ان المشتري اذا كان اثنين لم يكن للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله ان يأخذ نصيب احدهم بعد القبض لان التملك حينئذ يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه وقوله بمنزلة احد المشتريين يعني ان احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتي يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا للثمن حتي لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما اذا كان المشتري واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما وان لحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك وما يبان تفرق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع قوله ومن اشترى نصف دار غير مقسومة فقا سمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او ترك وليس له ان ينقض القسمة بان يقول للمشتري ادفع

(كتاب الشفعة * باب ما تبطل به الشفعة * مسائل متفرقة)

الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم او بغيره لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتعاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا يقتض القبض لبعيد الدار الى البائع وان كان له فيه نفع بعود العهدة على البائع فكذا لا يقتض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فانه لم يجري بين المتعاقدين فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرف كالهبه واطلاق الجواب في الكتاب اي في الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو رواية عن ابي يوسف رح والباقي ظاهر **قوله** وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكرنا ان الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لا استواءهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصية ثم جده اب ابيه ثم وصية ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد هؤلاء فهو على شفعته اذا ادرك فان ترك هؤلاء الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قال المشائخ رحمهم الله وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة لكن عند ابي حنيفة رح اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومحالها مجلس القاضي وعند ابي يوسف رح فيه وفي غيره لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح منه التسليم اصلاً وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي ان محمداً رح مع ابي حنيفة رح في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لابي يوسف رح لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملك ان ابطاله كديته وفي بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله وقوده والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال

قال كالابراء عن الديون والعقود عن القصاص الواجب له ولأنه شرع لدفع الضرر وفي
ابطاله اضرار به ولا يبي حنيقة وابي يوسف رحمه الله في معنى التجارة لأنه تملك
العين فيملكه توضحه أنه لو اخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فذلك اذا
سلمها اليه بل اولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضحة بقوله الا ترى
وهو واضح وقوله ولأنه دائر دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر
في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما
ترك بلا عوض فيكون اضرار به وقوله وسكوتهما كابطالهما لما كان مذكرا من الدليل
مختصا بالتسليم اردفه بقوله وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت
بمثل قيمتها والغبن اليسير من المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش قيل جاز
التسليم بالا جماع يعني من غير خلاف لمحمد وزفر رحمهما الله لأنه يحض نظرا وقيل
لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لأنه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي
على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل من قيمتها بمكابة كثيرة فمن ابي حنيفة رحمه الله لا يصح
التسليم منهما واذ لم يصح عنده لا يصح عند زفر ومحمد رحمهما الله ايضا لانهما لم يربا
لتسليمهما اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يربا اذا بيعت باقل بمكابة كثيرة اولى وانما خص
قول ابي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المكابة الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة
ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان
تصرفهما في ماله انما يكون بالتتي هي احسن وليس تركها هنا كذلك ولهذا المعنى ايضا
خص قول ابي يوسف رح بقوله ولا رواية عن ابي يوسف رح لأنه كان مع ابي حنيفة رح
في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها الله اعلم *

كتاب القسمة

أورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع فان احد الشريكين اذا اراد الانتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل وهي في اللغة اسم للاقسام كالقدرة للاقتدار وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين * وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلو * وركنه ما يحصل به الافراز والتميز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدي في المعدودات * وشرطها ان لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير تكبر ثم هي لا تعري عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لا أحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو بأخذ عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافراز والمعنى من الافراز هو ان يقبضه لعين حقه والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كل ما اخذ احدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه ييقن فأخذ مثل الحق ييقن بمنزلة اخذ العين الا ترى ان اخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض لذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها اظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبته صاحبه ولو اشتراه فاقسماه جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مربحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبه الآخر ولو اشتراه فاقسماه لا يبيع احدهما نصيبه مربحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل ما ترك على صاحبه ييقن فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ولما

ولما استشعر ان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على التهمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء والديون تنضي بامثالها فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة تصدا وقد جاز فلان يحوز بالقصد اليه اولى وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من اجناس مختلفة كالبقرة والغنم والابل لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان التهمة في مختلف الجنس مبادلة كالتيجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص **قوله** وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما كلامه واضح الامتناع عليه قوله لانه ارفق بالناس وابتعد عن التهمة لانه متى وصل اليه اجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين اجر الكن الاولى ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شيها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ وقوله عدلا مأموذا كرا لامة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة **قوله** ولو اصطالحوا فاقسموا يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتصموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما ان في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة

يعني اذا استأجروا الكيال لبنعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر
 الانصاء وكذلك الوزان والحافر وقوله ان الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت * تحقيقه
 ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشى على الحدود دلالة لو استعان
 في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجرا اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجرة
 في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت
 الانصاء ويزداد دقة بقلّة الانصاء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل اعسر ويجوز ان
 يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فتعذرا اعتبار الكثرة والقلّة فيتعلق
 الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله
 وان لم يكن للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر
 فالاجر بقدر الانصاء وهو العذر له لو اطلق ولا يفصل يعني لو اطلق ابو حنيفة رح في الجواب
 وقال اجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة او لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت
 لان عمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر فكان اصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام
 فانه قد يعكس كما تقدم وقوله ولا يفصل تأكيد وبيان وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة رح ان
 الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قوله واذا حضر الشركاء
 عند القاضي اي اذا حضر الشركاء وفي ايديهم مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا
 او غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال
 اليهم * فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البيّنة على موته وعدد ورثته عند
 ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يقسمه باعترافهم * وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق *
 وان كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم
 جميعا لهما ان الامتاع عن القسمة اما ان يكون لشبهة في الملك او لتهمة في دعواه
 او لمنازع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمحقق لان اليد دليل الملك والافرار امانة

أما رد الصدق والغرض عدم المنازع فبقسمة بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري
وطلب البينة ليس بلام لانها لا تكون الاعلى منكروا ولا منكره هنا فلا يفيد الا انه يذكر
في كتاب القسمة اي في المسك الذي يكتبه القاضي انه قسمة باعتبارهم لئلا يكون حكمه
متعديا الى غيرهم ولا يبي حنيفة رحمه الله ان القسمة قضاء على الميت اذا تركه قبل
القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تعد وصاية فيها وتقضى ديونه منها
وعن هذا قالوا اذا اوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر
الثلث كأنه اوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل ان التركة
مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار
الورثة او بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن
قولهما فلا يفيد وذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بان يجعل احدا الحاضرين مدعى
والآخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقرب دعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما
للمدعى عليه اجاب بقوله ولا يمتنع ذلك اي كونه خصما بسبب اقراره لجواز اجتماع
الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث او الوصي المقر بالديون فانه انما يقضى عليهما
بالبينة بديون الميت وان كانا مقربين بها وهذا الان المدعى يحتاج الى اثبات الدين
في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت قريب دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة
لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع
الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة **قوله** بخلاف المنقول جواب عن قولهما كما في المنقول
الموروث وهو على وجهين * احدهما قوله لان القسمة نظرا الى آخره * والثاني ان المنقول
مضمون على من وقع في يده بعد القسمة ففي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت
بخلاف العقار عند ابي حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده
عنده وبخلاف المشتري جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية فقد روي عن

(كتاب القسمة)

أبي حنيفة رحمه الله في غير الأصول أن القاضي لا يقسم بينهم وسوى بين الشراء والميراث
وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبتنى على ملك البائع وإن لم يقسم
فلم تكن القسمة قضاء على الغير **قوله** وإن ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث الموعود
ومعناه ظاهر قال الأصنف رحمه الله هذه يعني القسمة فيما بينهم من غير إقامة البيعة رواية
كتاب القسمة وأعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيم البيعة على الملك
لاحتتمال أن يكون ما في أيديهما ملكا لغيرهما فإنهما لم يذكر السبب احتمل أن يكون
ميراثا فيكون ملكا للغير وإن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لأن الأصل أن تكون الأملاك
في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله خاصة وعندهما يقسم بينهم
لأنهما يقسمان في الميراث بلا بيعة ففي هذا أولى وقيل قول الكل وهو الأصح لأن القسمة
نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني
في العار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك فتقرر إلى قيام الملك ولا ملك
بدون البيعة فامتنع الجواز **قوله** وإن حضر وارثان وأقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة
والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب
وكيلا بقبض نصيب الغائب قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث وقع سهوا من الناسخ
والصحيح في أيديهما لأنه لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر
بعد هذا في الكتاب وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وأجيب
بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقربة قوله وارثان وأقاما البيعة فليس بسهيو وكذا لو كان
مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصبي بظهور
نصيبهما مما في يد الغير ولا بد من إقامة البيعة في هذه الصورة يعني فيما إذا كان معهما
صبي عند أبي حنيفة رحمه الله كما إذا كان معهما غائب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد به
قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البيعة على موته وعدد ورثته وقال

وقال صاحب الأدب سيبا عترافهم ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحد هم وإن أقاموا
 البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح **قوله** ويصير مغرورا بشراء المورث
 صورته اشترى المورث جارية ومات واستولد ما الوارث ثم استحققت يكون الولد حرا
 بالقبعة ويرجع الرارث بها على البائع كالمورث وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة
 البينة وعد ما يعني فيما إذا كان العتار في يد الوارث الغائب أو شيء منه وقوله كما اطلق
 في الكتاب يعني به قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البينة وقوله هو الصحيح احتراز عما
 ذكر في المبسوط وأن كان شيء من العتار في يد الصغير أو الغائب لا يقسمه باقرار المحضور
 حتى تقوم البينة على أصل الميراث لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير
 باخراج شيء مما كان في يده عن يده وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لا نال به
 من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما فال حاضران كان خصما عن
 نفسه فليس ثم خصم عن الميت وعن الغائب وإن كان خصما عنهما فمات من يخاصم عن
 نفسه ليقسم البينة بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين والباقي واضح *

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

ما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم بينهما قال وإذا كان كل واحد من الشركاء
 ينتفع بنصيب إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإما أن ينتفع كل بنصيب أو بعضهم أو لا ينتفع
 منهم أحد * فإن كان الأول قسم القاضي بطلب أحد هم جبراً على من أبى لأن القسمة
 حق لازم فيما احتملها عند طلب أحد هم على ما بينا لا يرد به قوله إذا كانت من جنس واحد
 أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد
 والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره * وإن كان الثاني فإن طلب صاحب
 الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر

(كتاب القسمة * فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

الجصاص على قلب هذا وهو ان يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير
ووجهه ظاهر وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه
اندرج فيما ذكرناه لان دليل القول الاول دليل احد الجانبين ودليل قول الجصاص
دليل الجانب الآخر والاصح هو المذكور في الكتاب اي القدوري وهو الاول لان رضي
صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما المألزم طلبه الانصاف من
القاضي وايصاله الى منفعته وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل * وان كان الثالث
بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا يستضر كل منهما بالقسمة وطلب احدهما القسمة لم يقسمها
الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويها ويجوز بتراضيهما لان
الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر **قوله** ويقسم العروض اذا كانت
من صنف واحد كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد
الصنف لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة
ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لعدم الاختلاطين الجنسين فلا تتبع القسمة تميزا بل
تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي **قوله** ويقسم القاضي كل مكيل وموزون
ظاهر وقوله ولا يقسم شاة وبغير يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب
احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على
ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة من اصل واحد كالاواني والقمم
والطست المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب
المتخذة من النطن والكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والحبة والقميص ويقسم التياب
الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحد الا شمال القسمة على الضرر بسبب القطع
ولان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسمه بينهما
ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا يعني ما تقدم من قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي

(كتاب القسمة * فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

التراضي ووجه المعاوضة ان التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدرهم
 لم تكن مشتركة فتد على القسمة فكان معاوضة بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين
 يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما القسمة وابي الآخر
 يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والاخر ثوبين وكذا ان استقام ان يجعل
 احد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر ثوبا وثلاثة ارباع ثوب فانه يقسم بينهما ويترك
 الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون البعض
 وذلك جائز لانه تسر عليه التمييز في بعض المشتك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل
 عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض ومائهم معاوضة تحتاج الى التراضي وقال
 ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب
 احدهما القسمة فلا يخلوا اما ان يكون مع الرقيق شيء آخر تصح فيه القسمة جبرا
 كالغنم والثياب او لا يكون * فان كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر
 اما عندما ظاهروا ما عند ابي حنيفة رحمه الله فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة
 جبرا ويجعل الرقيق تابعه في القسمة وقد ثبت الحكم لشيء تبعه وان لم يثبت قصدا
 كالشرب في البيع والمتنولات في الوقف * وان لم يكن فان كانوا ذكورا وانا ثا لم يقسم الا برضاها
 وان كانوا ذكورا وانا ثا لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما
 على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لا اتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق
 المغنم ولا بي حنيفة رحمه الله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة
 كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح
 للفروسة الى غير ذلك فمتى جمع نصيب كل واحد منهما في واحد فانه سائر المنافع
 فلم يكن قسمة وافراز بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى
 ان الذكور والانثى من بنى آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد بخلاف

أما من جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك لان حق الغنمين في المألية حتى كان
للأمام بيعها وتسعة ثمنها وهما يتعلق بالعين والمألية فانترفا فان قيل لو تزوج او خالع على
عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في التسمية كذلك اجيب بان التسمية تحتاج الى
الانفراد ولا يتحقق في التسمية بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه **قوله** واما الجواهر
الى آخره فراجع **قوله** ولا يقسم حمام ولا يبر ولا رحي والاصل في هذا ان الجبر في التسمية
انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل واحد منهما بعد التسمية منتفعا به
انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبير والرحى ضرر لهما او لا حد هما فلا يقسم
الا بالتراضي ومن المشايخ رحمهم الله من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب
مئة لكن لو اتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله ما بيناه اشارة الى ما ذكر في
اول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيها **قوله**
واذا كانت دور مشتركة ههنا ثلثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازمة كانت
او متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى
السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازمة لبعضها ببعض قسمت قسمة واحدة
والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لان المنزل
فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت
في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت فلنا اذا كانت
متلازمة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها بالدور فلنا اذا
كانت في امكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي
الى اعدل الوجوه فيمضي التسمية على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق
من كتاب البيوع **قوله** وان كانت دار وضبعة او دار او حانوتا الى آخره واضح الا
ما ذكره انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتب محمد راجح ولا ذكرها

ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهما الله وقوله ان اجارة منافع الدار بالحنوت
 اي بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار صح وقوله او تبني حرمة
 الربوا هنالك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة يعني ان كانت منافع الدار
 ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة
 بين منافع الدار والحانوت لاتحاد اصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا
 لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء
 بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت
 شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال
 شمس الائمة الحلواني رح اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا
 الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال
 جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة * ووجه آخر في التوفيق ان يراد باختلاف الجنس
 الاختلاف من حيث الذات فلا يحسن القسمة الواحدة و باتحاد الاتحاد في المنفعة
 وهي السكنى فيمتنع الاجارة لشبهة الربوا الله اعلم *

فصل

في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان كيفية
 صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف **قوله** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه
 اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه بان يكتب في كاغذة ان فلانا نصيبه
 كذا و فلانا كذا اليمكنه حفظه ان اراد رفع تلك الكاغذة الى القاضي ليتولى الافراغ بينهم
 بنفسه ويعدل به يعني يسويه على سهام القسمة ويروي يعزله اي يقطعها بالقسمة عن غيره و
 يذره ليعرف قدرة ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة اذا البناء يقسم علىحدة فربما يقع في

(كتاب القسمة * فصل في كيفية القسمة)

نصيب احدثهم شيء منه فيكون عالما بقيمتها ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشره
ان امكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه
بالثاني والثالث الى ان يفرغ السهام ويكتب اساميهم ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه
اولا الى آخره قال الامام حميد الدين رحمه الله صورته ارض بين جماعة لا حد لهم سدسها
والآخر ثلثها يجعلها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني
والثالث على هذا ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقبها في كمة فمن خرج اسمه اولاً
فله السهم الاول فان كان ذلك هو صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب
الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والذان يليانه **قوله**
وقوله في الكتاب واضح وقوله والقرعة لتطيب القلوب جواب الاستحسان والتياس بأباها
لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار وهذا الم يجوز علماً ونارحمهم الله استعملها
في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطعنة ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبر منكر وليس في معنى القمار لان اصل
الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما ما نحن فيه فليس كذلك لان التاسم لو قال انا
عدلت في القسمة فخذانت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيماً الا انه ربما يتهم
في ذلك فيستعمل القرعة لتطيب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز
الا ترى الى زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه
مع علمه بكونه احق بها لكون خالتهما عنده تطيبا لقلوبهم **قوله** ولا تدخل في القسمة الدراهم
جماعة في ايديهم عتار وطلبوا قسمة وفي احد الجانبين فضل فاراد احدثهم ان يكون عوض
الفضل دراهم وآخر لم يرخص بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه
لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان احدهما
يصل الى عين العتار ودراهم الاخر في ذمته قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل الرجل اليه

البدي في الحال وما لا يصل اليه معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو برسفي رح
 فيما اذا كان ارض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة
 الا بالتقويم و ابو حنيفة رح الى ان الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات
 ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه
 فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسوية الصداق
 ضرورة التزويج ومحمد رح الى ان يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة
 فان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحقت في هذا
 القدر فلا يترك الاصل الا لها وهذه يوافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم الدار مزارعة
 ولا يجعل لاحد هما على الآخر فضل من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح **قوله** فان
 قسم بينهم يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولا حد هما مسيل الماء في نصيب
 الآخر او طريق فلا يخلوا ما ان يمكن صرف ذلك عنه اولا فان امكن فليس له ان يستطرق
 ويسيل في نصيب الآخر سواء كان ذلك مشروطا في القسمة او لم يكن لانه امكن تحقيق
 معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب
 الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع
 فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق
 بملك غيره فلا تدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة اولا فان كان
 الثاني فسخت القسمة لانها مختلفة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاف قسستانف وهذا بخلاف
 البيع فانه اذا باع دارا وارضاه ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسيل الماء
 ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع
 في الحال كمالواشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا
 بالطريق وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل

(كتاب القسمة * فصل في كيفية القسمة)

فیدخل عند التخصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بالطريق بانتطاع التعلق
على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تخصيص وتقريره ان في القسمة تكميلا وافرازا
والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان
ذكرت لان دخولها ينافي الافراز فقلنا يدخل عند التخصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا
للو جهين بتدرا الامكان بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التخصيص لان كل
المتصور الانتفاع وهو لا يحصل الا باذخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو
اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة فقال بعضهم لاندع طريقا مشتركا يتناول
يقسم الكل وقال بعضهم بل ندع ينظر القاضي في احوالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق
يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة لتحقيق الافراز بالكلية دونه اي
دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريقين جماعتهم ليحقق تكميل المنفعة في
ما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله * فقال بعضهم
يجعل سعة الطريق اكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء * وقال
بعضهم غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تدفع به فلا فائدة في جعله
اعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء اذا
اراد ان بشرع جناح في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد
على طول الباب متسوم بينهم فكان بائنا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب
يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بائنا على الهواء المشترك وهو لا يجوز
من غير رضا الشركاء وان كان المتسوم ارضاء لرفع من الطريق مقدار ما يمر به ثور واحد
لانه لا بد للزراعة من ذلك فلا يجعل مقدار ما يمر به ثور ان معار ان كان يحتاج الى
ذلك لانه كما يحتاج اليه يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى كذا في النهاية وبقية
كلامه واضحة **قوله** واذا كان مثل لا علوه صورة المسئلة ان يكون علو مشتركين رجلين

(كتاب القسمة * فصل في كيفية القسمة)

رجلين وسفل لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراصبا على القسمة وطالب من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله و اذا ظهر ذلك فاعلم ان علماء نازحهم الله اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لافي القيمة وقال محمد رح يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة احد هما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البير والحاذا السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان رحمهما الله في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع واختلف المشائخ بان مبني هذا الاختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو والعكس من ذلك واستوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة رحمه الله بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف رح بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في منفعة السكنى ومحمد رحمه الله على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة و العلو اخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعة لانها تبقى بعد فوات العلودون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولا يبي يوسف رح ان المقصود اصل السكنى وهما يستويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف البحر والبرد بالاضافة اليهما

فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله
في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع
من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفلى ثلثة وثلثون وثلث من علو الكامل
في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلثة وثلثون وثلث من سفلى الكامل في مقابلة ست وستين
وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام المائة ويجعل في مقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد
ستة وستون وثلث ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله ستة وستون وثلثان
من سفلى الكامل بمقابلة مثله من السفلى المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل
في مقابلة ثلث وثلثين وثلث ذراع من السفلى المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول
ابي يوسف رحمه الله على ما ذكر في الكتاب **قوله** واذا اختلفت المتقاسمون فقال بعضهم
بعض نصيب في يد صاحبي وشهد القاسمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر
خلافه فكأنه مال الى قول الخصاف رحمه الله فانه ذكر قول محمد كقولهما وتوله لانه اي
التمييز لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم قيل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح
اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كان القاضي او نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء ان
يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح الله اعلم *

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخذ ذكرهما والاصل في هذا الباب
ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان
الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة
على المدعي واليمين على من انكر فعلى هذا اذا ادعى احد هما الغلط في القسمة وزعم ان

ان مما اصابه شيئا في بد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الابينة
لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بالحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار
الشرط فان اقامها فقد نورد عواه بها وان عجز عنها استخلف الشركاء لانهم لو اقرؤا لزمهم
فاذا ابرؤوا استخلفوا الرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه
ونصيب المدعي كما ذكره في الكتاب ولا يحالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله
ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا يعني وان اقام الابينة لتناقضه لانه اذا اشهد على نفسه اي اقر
بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكامله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا **قوله** واليه
اشار من بعد يريد به قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه
بالاستيفاء وكذا به شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة
فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى
ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى وان كان التناقض
موجودا وجب ان لا تقبل دعواه اصلا وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه وعجز عن اقامة
البينة فالتول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر ولو اختلفا في التقويم
فلا يخلو اما ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلفت
الي دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسير جدا
وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضاء منهم لم يوجد وتصرف
القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكي
عن الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه الله انه كان يقول لقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى
لان القسمة في معنى البيوع ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اما البيع
من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي ولقائل ان يقول تسمع هذه
الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة وتعديل في الاشياء المنقاة يكون من حيث القيمة فاذا

(كتاب القسمة * باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها * فصل)

ظهر في القيمة غبن فاحش فلت شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدور الشهيد حسام الدين رح كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رح وبعض المشائخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني **قوله** ولو اقسما دارا هو عين مسئلة اول الباب لكن اعاده لزيادة بيان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الابينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها **قوله** وكذا اذا اختلفا في الحد وقيل صورته دار اقسما رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه واصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما ان البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده واما ما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح *

فصل

لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما ههنا ثلثة اوجه * استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا * واستحقاق بعض شائع في النصيبين * واستحقاق بعض شائع في احد النصيبين ففي الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن يخبر ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال ابو يوسف رح تفسخ ومحمد رح مع ابي يوسف رح على رواية ابي سليمان رح ومع ابي حنيفة رح على رواية ابي حفص رح وهو الصحيح وصورة المسئلة ان اخذا احدهما الثلث المتقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخرو قيمتهما سواء بان يكون قيمة الدار الفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المتقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المتقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التثقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده ولا يلزم استحقاق كل المتقدم رجع نصف ما في

ما في يده وهو ثلثا ثمة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين اربعمائة وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلثة ارباع الف ومائتين قال المصنف رحمه الله ذكر الاختلاف يعني القدر في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما * قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرار ابلغ الشائع غير مرة واقول في قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدر في و اذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه و اذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة في ما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما في ما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز في ما وراه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الاعلى تقديرا للمعادلة وقد فانت ولهما ان معنى الافراز لا يندم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشروع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقسما الاثنان على ان يأخذ احدهما نصيبهما من المقدم وربع

(كتاب القسمة * باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها * فصل)

المؤخر وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الأولى وصار كاستحقاق بيت معين
في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فإنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث
بتفريق نصيبه في النصيبين إما هنا فلا ضرر بالمستحق وقوله وصورة المسئلة يعني مسألة الكتاب
لا المستشهد بها وقد قدمناه فإلهذا اللبس **قوله** ولو باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف
من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما ثم استحق النصف الباقي رجع بربع
ما في يد الآخر عندهما لأن قوله لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف
ما في يده إلى قوله اعتبار الجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لأن الفسخ
إنما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند أبي يوسف رحمه الله
ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تثقل بأداة
عنده فيقسمان الباقي بعد الاستحقاق وقوله والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال
ينبغي أن ينقض البيع لأنه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه أن القسمة
في معنى البيع لو جرد المبادلة وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك فينقذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول إلى عين حقه
لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه **قوله** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط
ولم يوف الورثة من مالهم ولم يرئ الغرماء ردت القسمة لأن الدين يمنع وقوع الملك
للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبده وهو ذورحم محرم لو ارث لم يعتق
وكذا إذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة
ما يفي بالديون وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم ولو أبرأه الغرماء بعد
القسمة أو أداها الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا
أو غير محيط لأن المانع قد زال بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصل له بالثلث أو الربع بعد القسمة
وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فإن القسمة تنقض أن لم يرث الوارث والموصل له لأن

(كتاب القسمة * باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها * فصل في المهايأة)

لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما ولو ادعى احد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميعة صح وان ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمال التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاندام على القسمة اعتراف منه بكون المتقسم مشتركاً ودعوى الخصوص يناقضه ولنا ان يقول ان الم تكتن دعوى باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان يتنقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة نامة فلا يلزم ذلك *

فصل في المهايأة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي المهايأة واخر عن قسمة الاعيان لكونها فرعاً عليها واحال ان الترجمة بالباب اولي لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست من كتاب القسمة * ويجوز ان يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مغالطة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمنتهي للشيء وقد تبدل الهمزة الفا * وتحقيقه ان كلا منهما برضى بهيئة واحدة ويختارها وان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحساناً والقياس يأبأ بالانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكننا تركنا القياس لقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى غيرهم ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان

(كتاب القسمة * باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها * فصل في المهايأة)

واحد والتمها في جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهايأة يقسم القاضي لانه بالغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احد هما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت احد هما ولا بموتهما لانه لو انتقض لا سناغه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقص ثم الاستيناف ولو تمها في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا علوها وهذا سفليها جاز لما ذكر في المتن والتمها في هذا الوجه وهوان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احد هما في بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا الا يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت قبل قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بجوز ان يكون توضحا لكونه افراز اذ انا اذا كان افراز كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي رح وفيه نظر لانه لو كان مبادلة لكان كذلك ايضا والاولى ان يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تمها ولم يشترط الاجارة في اول العقد لم يملك احد هما ان يستغل ما اصابه ولو تمها في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولم يذكر ان هذا افراز ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افراز من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احد هما بهذه المهايأة واذا طلبها احد هما ولم يطلب الاخر قسمة الاصل اجبر عليها * وقبل يعتبر افراز من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه

(كتاب القسمة * باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها * فصل في المهاداة) ٣٠١

وانه يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس في ما هو مبادلة في الاحتياان من كل وجه فلا ينعدي الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضا هما لان المهاداة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع ولو اختلفا في النهاية من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها كالدار مثلاً بان يطلب احد هما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والاخر يطلب ان يسكن جميع الدار شهر او صاحبه شهر آخرياً مرهما القاضي ان يتعقلا ان لكل منهما مزنة فلا ترجح لاحد هما اذا النهاية في المكان اعدل لاستواؤهما في زمان الانتفاع من غير تقدم لاحد هما على الآخر في الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان احتاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة **قوله** ولوتهما في العبدین واضح **قوله** وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم اي قال بعض المشائخ عنه **قوله** وهكذا روي عنه يعني روى الخصاف رح عنه مثل ما قال بعض المشائخ رحبهم الله **قوله** والاصح انه يقسم عنده ايضا قال الكرخي رح معني قول أبي حنيفة رحمه الله ان الدور لا تقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلی هذا تجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة فلما تنفوت اوجه لبقاء قوله في الاصول بلا تأويل وقوله ولوتهما فيهما واضح وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز النهاية في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله فتفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله ولوزادت الغلة في نوبة احد هما يعني في الدار الواحدة وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي حنيفة رحمه الله

(كتاب القسمة * باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها * فصل في المهايأة)

في الكبسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين
لا يجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الى آخره
وقوله اعتبارا بالنهاية في المنافع يعني في الاستخدام الحالي عن الاستغلال وقوله لان
التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد
الواحد لانه قد يكون في احد هما كياسة وحذافة ولياقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة
ما لا يتدر عليه الاخر ثم النهاية في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال
العبدين اولى ان لا يجوز وعورض بان معنى الافراز والتميز راجع في غلة العبدين
لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في
الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا
من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة فلما تفاوتت وقوله والنهاية في الخدمة يجوز
ضرورة جواب عن قولهما اعتبارا بالنهاية في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد
هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها اعيانا
فيستغلان على طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل جواز
النهاية في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة فلما تفاوتت وعلله ههنا
بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علمين مستقلين على حكم واحد بالشخص وهو باطل
ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تنمية هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة
وقلة التفاوت جميعا لان كل واحد منهما علة مستقلة وقوله لان الظاهر وجه آخر
لا بطلان القياس ولا يجوز في الدائتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب
وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الى آخره وقوله ولو كان نخلا او شجرا الى آخره واضح
كتاب

الله اعلم بالصواب *

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله تعالى معناها لغة وشرعية فاغنانا عن ذكره* وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلا وانما قيد بالثلث والرابع لبنين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا وعين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع وقالوا هي جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر اوزرع ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها لانه تحليل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة ولا يبي حنيفة رحمه الله ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقبل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والرابع ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فانها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة فيكون في معنى تغير الطحان ولان الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقترعة او اقل منه واكثر او معدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل لجاز لانه عليه السلام ملكه غنيمة فكان ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة وهو اي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فسادة فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيرة وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة

(كتاب المزارعة)

قوله واذا فسدت عنده واضمح وقوله والخارج في الوجهين يعني في ما اذا كان البذر من قبل العامل وفي ما اذا كان من قبل رب الارض وقوله لانه نماء ملكه منقوض بمن خصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجب بان الغاصب حامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع حامل بامر غيره فجعل الامر مضافا الى الامر وقوله كما فصلنا اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الى آخره وقوله الا ان الفتوى على قوليهما واضح وقوله بيان المدة يريد به مدة تمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالباً لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله لانه اي لان عقد المزارعة عقد طلي منافع الارض يعني اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها اي للمنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو اي المقعود عليه منافع الارض ان كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستأجر لرب الارض وفي الثاني رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام وقوله فما يقطع هذه الشركة كان مفسد للعقد لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس باني جواز الاجارة المحضة باجر معدوم **قوله** بيان جنس البذر وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج من اي نوع ولولم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج به الا يعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع او لم يعوض بعد ان ينص على المزارعة فانه مفوض اليه **قوله** وهي عندهما على اربعة اوجه قيام المزارعة بربعة اشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم اما ان يكون الجميع لاحدهما او لا لا سبيل الى الاول لان

لان المزارعة شركة في الانتهاء واذ لم يكن من احد الجانبين شيء لم تصور الشركة فتعيب الثاني وهو اما ان يكون بينهما بالتصنيف او بالثبات الاكثر* والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر ان يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول في الكتاب وان يكون الارض والبقر واحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه* والثاني ايضا على وجهين* احدهما ان يكون الارض لواحد والباقى لآخر وهو الوجه الثاني* والاخر ان يكون العمل لاحدهما والباقى لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وسأوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ر ح انه جائز ايضا واعلم ان مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض ومنفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استيجار ببعض الخارج والقياس ان لا يجوز في الارض والعامل ايضا الكما جوزه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر ا في الارض فائر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعا ملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا للارض ببعض الخارج واما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على رب الارض فكان حينئذ مستأجرا للعامل بذلك فاقصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على اصل القياس* فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض والعامل بذلك لكونه مورد الاثر* وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استيجار الآخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك* والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهوان ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس واحد وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر واذ عرفت هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاعمال المذكور فلما

(كتاب المزارعة)

الوجه الاول فهو مما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس
والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار فيجعل كأن العامل استأجر الارض او رب الارض
استأجر العامل * والوجه الثاني والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل * واما الوجه الرابع
على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما
تابع للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف او الاصل يجوز ان يستتبع الاخر والفرع
ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض
جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب
ان البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معها فكان استيجارا
للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل
من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا
ولنا ان يقول استيجار الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان ارجح وازم
الجواز ويمكن ان يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على
ما رضعف عن العمل به مع وجود المعارض وقوله وكل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل
له في الدليل وانما ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم ان ينسب
الى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما التدويري وهما فاسدان
وقد ذكر المصنف روح وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهوان صاحب الارض لم يسلم الارض
الى صاحب البذر ويستوجب عليه اجر مثل ارضه واجيب بان منفعة العامل ومنفعة
الارض صارتا مسلمتين الى صاحب البذر وبسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم يخرج الارض
مثلا لان عمل العامل بامره في القاء بذرة كعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل في الوجهين
وتم وجه آخر لم يذكره جميعا وهوان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل
من آخر والبقر من آخر والارض من آخر قال محمد روح في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الا

الارزاعي من واصل بن امي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فالغنى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا
 مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كلب بصاحب البذر
 فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على احدهم مقصودا به وفيها الخارج لصاحب
 البذر لانه نساء بذرة ومعنى قوله الغنى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه
 لا يستوجب اجرا مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان
 اجرا مثل عمله ولم يذكرا اجرا للفدان لكونه معلوما من اجر العامل قوله ولا يصح المزارعة الا
 على مدة معلومة معلومية مدة المزارعة شرطا جوازها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث
 بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الى آخره والاصل في هذا ان كل ما كان وجوده
 شرطا للجواز فعنده مانع منه لان الشرط لازم وانتفاءه يستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج
تحقيقا بمعنى الشركة شرطا للجواز فاذا انتفى فسدت قوله وصار كما اذا شرط رفع الخارج
 والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة بحسب الخارج او نفرا معلومة
 واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث او الربع فانه لا يفسد المزارعة
 بهذا الشرط ولما ذيات جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع
 فيه ماء السيل ثم يستقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر كذا
 في المغرب وقوله اعتبار العرف في مالهم ينص عليه المتعاقدان فان العرف عندهم ان الحب
 والبنن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشباه واجب قوله والتبع يقوم بشرط الاصل
 يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطها فيه نصا كان التبع وهو البنن مشتركا
 بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع ينصف بصفته الاصل وقوله لانه
 حكم العقد يعني انها لو سكنا عن ذكر البنن كان البنن لصاحب البذر لانه موجب العقد
 فاذا نصا عليه فانا صرحا ببا هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط

(كتاب المزارعة)

وعدمه سواء وأما الشرط الثبت لغير صاحب البذر فإن استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شأنه ذاك لمفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط المزارعة اما ان تكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض شيئا لم تخرج فان اخرجت فالخارج على ما شرط لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة بعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة اجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجر العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين ان تخرج الارض وان لا تخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تقوت بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل صاحب الارض فللعامل اجر مثله لا يزداد على قدر المشروط له لانه رضي باستقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغاما باغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المنصف رح وقد مرت في الاجارات قال صاحب النهاية وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة في كتاب الاجارات في مسألة ما اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقبض منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قبض لانه لما فسدت الاجارة

الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشترك في الاحتطاب
 حيث يجب الاجر بالغاما بلغ عند محمد رح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح السيط
 فمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد رح لا يبلغ اجر المثل بالغاما بلغ
 في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكرهنا وقال
 محمد رح له اجر مثله بالغاما بلغ الى ان قال وقد مررت في الاجارات وذلك يدل على
 ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغاما بلغ وليس كذلك واجب
 بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج
 الخراج وهذه حواله بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر
 مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب رد هاو قد تعذر فصار الى المثل
 ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزداد على قدر المشروط له من الخراج او لا فهو على
 الخلاف المار ولوجمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل
 اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة يجوز ايراد عقد
 الاجارة عليه والمزارعة معنى فتعقد المزارعة عليه فاسد او يجب اجر المثل وقوله
 هو الصحيح احتراز عن تأويل بعض اصحابنا القول محمد رح في الاصل لصاحب الارض
 والبقر اجر مثل ارضه وبقرة على صاحب البذر ان المراد به ان يجب اجر مثل الارض
 مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا
 ولا فاسدا او وجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه قله واذا
 استحق رب الارض الى اخره واضح خلا انه محتاج الى فارق بين خبث تمكن في منفعة
 الارض فاوجب التصديق بالفضل وبين خبث تمكن في عمل العامل ولم يوجب ذلك
 وفي كلام المصنف رح اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من
 الارض يعني فهو محتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياطا بالغافكان الخبث شديدا

(كتاب المزارعة)

فأورث وجوب التصديق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بذلك
المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما إذا هبت الريح فالقت البذر في أرض وامطر
السما فكان ما تمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك قوله وإذا اعتدت
المزارعة في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم في حال دون
حال أما بعد القاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الآخر
وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته
فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضي على العقد إلا بضرر يلزمه
وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم دارة وإن امتنع غيره أحبره
الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم إقامة
العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الإجارة إذا كان عذر يفسخ به
الإجارة كالمريض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده الإبيع الأرض
فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض
فلا شيء له في عمل الكراب لأن المأثني به مجبر بالمنفعة وهو لا يتقوم إلا بالعقد والعقد قومه
بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه
استرضاء العامل لأنه خرة في الاستعمال وإذامات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا
على الإجارة لكونها عقدا فيه الإجارة وقد مر الوجه في الإجازات وهو قوله لأنه لو بقي
العقد صار بالمنفعة المملوكة أو الإجارة لغير العاقد مستحقا بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث
وذلك لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد إلى أن يستحصل الزرع نظر للمزارع فإنه
في الزرع غير منعذ فلزمه بيق العقد وانتقل الأرض إلى ورثته ربما ألقوا الزرع وتضرره
المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي وإليه أشار المصنف رح بقوله فلو كان
دفعها ثلاث سنين إلى آخره وأعلم أنه أراد بقوله وإذامات أحد المتعاقدين ما بعد الزرع لأن

لان الذي يكون قبله مذکور في ما يليه ولم يفصل بين ما نبت به الزرع اولم ينبت ولكنه
 ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر
 جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة
 ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت
 المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل في مقابلة ما عمل لما سيذكر
 بعد هذا واذا فسخت المزارعة بدين فادح ابي ثعلب من فدحه الامري اثقله لحق
 صاحب الارض احوجه الي بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة وقوله فسخت والتشبيه
 بالاجارة يشير الى انه اختار رواية الزبادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء
 او الرضاء لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع
 الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار
 بشيء لان المنافع انما تنقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء
 وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال صاحب النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح
 ان لو كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر
 مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون
 العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد
 ولا شبهة فقد فلا يتقوم على رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى
 كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه
 وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة
 الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الارض
 بالعقد والعقد انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ثم الفسخ بعد عقد المزارعة
 وعمل العامل متصور في صور ثلاث * ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو

(كتاب المزارعة)

مانحن فيه وقد ظهر حكمه * وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه
ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع
وفي التأخير ان كان اضرار بالغرماء لكن التأخير اهون من الابطال ويخرج القاضي
من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالم في ذلك
والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة * وهي ما اذا فسخ
بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان
يبيع الارض فيه اختلاف المشائخ رحمهم الله قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب
البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم
ليس له ذلك لان التبذير استمراء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة
ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار
المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر اذا كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون
مانعا عن البيع واذا كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية والله اعلم **قوله** واذا انقضت مدة
المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى
ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان
المزارعة لما انتهت بانتضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بترية
نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تسلم له مجاناً والثقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ
والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز
عن الكسب وقوله لان في تبقية الزرع دليل وجوب الاجر ووجه ذلك اننا لو امرنا العامل
بقلع الزرع عند انتضاء المدة تضرربه وان بقينا به بلا اجر تضرر رب الارض فبقينا به بالاجر
تعدى للضر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا
مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا اجر ولا اشتراك في الثقة ولا اشتراك في العمل

في العمل وكلامه فيه ايضا واضح فاذا انتقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق
 احدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امره لا يقال هو
 مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه من الاستيدان من القاضي يمنع الاضطرار
 ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلال لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد
 المزارع ذلك مكن منه ويخير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها
 فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع
 الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض
 اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لا تنقاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف
 المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من اجر المثل فر بما يخاف ان نصيبه من
 الزرع لا يفي بذلك وقوله ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ابقاء
 العقد بعد وجود المنهي الى آخره وقوله والمالك على الاختيارات الثلاثة يعنى المذكورة
 الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد
 وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الى آخره **قوله** وكذا
 اجرة الحصاد والرافع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرافع
 بالفتح والكسر هو ان يحمل الزرع الى البدر* والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح
 ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة المزارعة والزرع لم يدرك ربما كان
 توهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء
 المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان
 اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسد هالانه شرط لا يقضي به وفيه
 منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفصل بين
 ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخراج فهو من اعمالها وما لا

(كتاب المساقاة)

فلا وعلى هذا الحصاد والدياس والتذرية ورفعها الى البيدر اذا شرط شيء منها على احدهما
فسدت في ظاهر الرواية وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف ربح انها اذا شرطت
على العامل جاز للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة وهذا هو الاصح في ديارنا
والمصنف ربح جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمالنا
وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل
الى البيت والطحن واشباههما وماليسا من اعمالهما فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل
القسمة على الاشتراك وفيما هو بعد ها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتمييز ملك
كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة والمعاملة قياس هذا ابي
المساقات ايضا على هذه الوجوه وقوله لانه مال مشترك سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار
ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا يرى ان نصيب كل واحد اذا كان
معينا في قرينة يقال هم شركاء في القرينة والله اعلم بالصواب *

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث
في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان اعراض موجبين صوب ايراد
المزارعة قبل المساقاة * احد هما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها *
والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة هي المعاملة بلفظ اهل
المدينة ومنهوها اللغوي هو الشرعي فهي معاهدة دفع الاشجار والكروم الى من
يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة
يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند ابي حنيفة ربح
كالمزارعة وبه اخذ زفر رحمه الله وجائزة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول

قول ابن ابي ليلى رح وقال الشافعي رح المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا بتعاليها وذلك بان يكون النخيل والكرم في ارض يضاء تستقي بماء النخيل فيأمر بان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب ان مساس الحاجة الي تجوزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحقها بالمصاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع رطبة قد انتهت جزاها على ان يقوم عليها حتى يخرج من بذرها على ان مارزق الله فهو بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشترط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله غرسا قد علق اي نبت ولم يبلغ حد الثمار ظاهر وقوله بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها معناه حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها وقوله او اطلق في الرطبة يعني لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة جزء معلومة فان كانت فهي جائزة كما لو اطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف رح في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا ومخلا وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى يذهب اصولها لانه لانها لذلك فكان غير معلوم وقوله لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت ان الله بتأويل المدة **قوله** وتجوز المساقاة في النخل والشجر هذا بيان ما تجري فيه المساقاة وما لا تجري فيه وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر وهو حديث خبير وكان في النخل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان اثر خبير خصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرتاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل لاسيما على اصله فان بابه عنده او سمع

لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف تام دليل التمييز على كونه جامعا بين
 الاوصاف واما نحن فانا لانجوزة بالعلة القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان هذا النص بعينه
 معلول وموضعه اصول الفقه وقوله وليس لصاحب الكرم واضح وقوله لما قدمناه وفي بعض
 النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله واذ عقدت المزارعة فامتنع
 صاحب البذر عن العمل لم يجز عليه الى آخره والحاصل ان المساقاة لم تشتمل على
 ضرر وكانت لازمة من الحائنين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر
 في الحال بالقاء بذرة في الارض فلم تكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحقوق
 دين فادح لا يمكنه الايفاء الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله لم يرد به الشرع
 لانها جوزت بالاثر فيما يكون اجر العامل بعض الخارج قوله واذ افسدت المساقاة
 واضح وقوله والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه جواب الاستحسان ابقاء للعقد فعا
 للضرر عنه واما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسرين ورتة صاحب الارض
 وبين العامل نصفين ان شرط انصاف لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج
 والاجارة ينتقض بموت احد المتعاقدين والباقي واضح علم مما ذكر نظيره في المزارعة
 وقوله وهذه خلافة في حق مالي جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقدمات والخيار
 لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله والخارج بسر اخضر فهذا الاول يعني
 صورة الموت سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير اجر لان الشجر
 لا يجوز استيجارة وان ابي خير الآخر بين الخيارات الثلاثة بخلاف المزارعة في هذا
 فيما اذا انتقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل
 ههنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح قوله ويغسخ بالا عذار لما بينا في الاجارات المسافات
 تغسخ بالا عذار لما بينا في الاجارات يريد به قوله ولما ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها
 فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل التنبض الى آخره وقد بينا وجوه العذر فيها

فبها أي في الاجارة وكلامه واضح وقوله فيه روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا
روايتان في احد لهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر
وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذرونا وبه ان يشترط العمل بيده
فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه النخيل على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه
فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون تركه العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا بيبضاء
ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر
بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشترط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان
جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغراس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى
قفيز الطحان اذ هو استيجار بيعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا
وتعذر رد الغراس لانصالحا بالارض فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون
تسليما لقطعة خشبة ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض
والشجر بين رب الارض والغراس نصفين فلما لم يمكن تسليمها شجرا وجب قيمتها واجر
مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل
العامل لانه يقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رح
في كفاية المنتهي وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراؤه
جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس
نصفها او جميعها لكونها معدومة عند العقد لالكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف رح
وهذا يعني المذكور في الهداية او صحهما لانه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه
على ان يكون نصف المصبوغ للصباغ في ان الغراس آلة تجعل الارض بها بستانا كالصبغ
للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه
قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله *

(كتاب الذبائح)

وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب والاولى ان يجعل
اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك
قبل انما ذكر الاقلف احتراز عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه يقول شهادة
الاقلف وذيبحته لا تجوز وقوله واطلاق الكتابي يتنظم ظاهر وقوله لان الشرط قيام الملة
فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه شرط في معنى
علة وقوله ولا توكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه
يريد به من اديان اهل الكتاب اما اذا تمجس فلا توكل ذبيحته **قوله** وان ترك الذابح التسمية
اي ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان او اضطراريا عامدا او ناسيا قال الشافعي
رحمه الله بشمول الجواز ومالك رحمه الله بشمول العدم وعلما نثار رحمهم الله فصلوا ان تركها
عامدا فالذبيحة ميتة لا توكل وان تركها ناسيا اكلت استدل الشافعي رح بقوله صلى الله عليه وسلم
المسلم يذبح على اسم اللهسمى اولم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان
التسمية لو كانت شرطا للحل لاستطعت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة فانها لما كانت شرطا
لم تجز صلوة من نسي الطهارة لكنها سقطت بالعذر سلمنا انها شرط لكن الملة اقيمت مقامها
كما في الناسي والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا
للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما ذكره وعن الاستدلال باننا لانسلم
الملازمة فانها تنفضي الى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معجودة
فيما اذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالاكل في الصلوة والجماع في الاحرام وههنا ان لم تكن
هيئة توجب النسيان وهي ما تحصل للذابح عند هوق روح الحيوان من تغير الحال
فليس هيئة مذكرة بموجودة ولما نفع ان يمنع بطلان التالي ايضا على مذهب مالك رحمه الله
وعن التنزل بما ذكره في الكتاب يعني ان اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو
معذور لا يدل عليه في حق العامد ولا عذر له واما ما شنع به المصنف رح بكون ما ذهب اليه

اليه الشافعي رح مخالف الاجماع فواضح واستدل مالك رح بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بالبلغ وجه وهو تأكيد بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاته يقتضى الحرمة من غير فصل وهو اقرب لامحالة من مذهب الشافعي رح لانه مذهب ابن عمر رضي الله عنه والجواب انه غير مجبري على ظاهرة اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارفع الخلاف في الصدر الاول لان ظاهر ما يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل اللسان وفي ذاك ايضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العدد فالتعارض ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكرك حال الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذ ذكر باللسان وذكره اذ ذكر بالقلب وقوله ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتساب الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عام اذا كان انسانا الا ان الشرع جعل اناسي ذا كرا العذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر فالحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية واسع وقد قررناه في الانوار والتقريب والاجماع وهو ما بيناه يريد به ما ذكره في التشيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الى آخره والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه صلى الله عليه وسلم حين سأل عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك عائل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذ اترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار تشتط

عند الذبح وهي على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة
لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد
فرع على ذلك في الكتاب تقرعات وهي واضحة **قوله** ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى
شيئا غيره المسائل المذكورة ظاهرة وقوله ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الى انه لو قال
غير مكسور لا يحرم قبل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمر ناشي ان خفضه لم يحل
لانه يصير ذابحيهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم
على قياس ما روي عن محمد ر ح انه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلوة
ونسوها لا يحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه لو قدمه او اخره لا باس به
ولو قال سبحان الله او الحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف والفرق لابي يوسف ر ح
بين هذا وبين التكبير ان المأثور به ههنا الذكرك قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف
اي قائمات اي صففن ايديهن وارجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون مكبرا ولو عطس
عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا
وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة عن المنبر وقال الحمد لله فانه يجوز ان يصلي
الجمعة بذلك القدر في احدي الروايتين عنه بان المأثور به هناك ذكر الله مطلقا
قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكرك على الذبح والذبح بين الحلق
واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله واتى بلفظ
الجامع الصغير لان فيه بيان ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري
الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لنظ
الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحين وهو يقتضي
جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحين وهو دليل
ظاهر للامام الرستغني في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المسبوط ايضا

ايضا تساعد ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبيح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك
 في فتاوى اهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان
 ما بين اللبة واللحين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ
 الوجوه فكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة **قوله** والعروق التي تقطع في الذكاة
 العروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرى والودجان واختلف العلماء في اشتراط
 ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رح الى الاكتفاء بالحلقوم والمرى وذهب مالك رح
 الى اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف رح الى اشتراط قطع الحلقوم والمرى واحد
 الودجين رجع اليه بعد ما كان قوله يقول ابي حنيفة رح كما ذكره وذكر القندوري انه قول
 محمد رح ايضا وقال المصنف رح المشهور في كتب مشائخنا ان هذا قول ابي يوسف رح
 وحده وذكر عن محمد رح انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة رح واما
 ابو حنيفة رح فقد اكتفى بقطع الثلث ايها كانت وهي ثلثة اوجه وان قطع الجميع فهو اولي
 وهو رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم افر الوداج بما شئت والغري
 القطع للاصلاح والا فراء القطع للافساد فيكون بكسر الهمزة انسب ولهذا قال بعد هذا
 ولورود الامر بفرقه * احتج الشافعي رح بانه جمع الوداج ومائمه الا الودجان فدل على
 ان المتصود بهما يحصل به زهوق الروح وهو ينقطع الحلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش
 بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرى
 اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه * واحتج
 مالك رح بظاهر اللفظ وبما يقتضيه فان الوداج جمع واقله ثلثة فيتناول المرى
 والودجين وقطع هذه الثلثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء وجوابه
 سيجي * واحتج ابو يوسف رح بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينبو احد هما
 مناب الاخران كل منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المرى فان المرى مجرى

(كتاب الذبائح)

العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعها وهو قريب وجوابه سيجي * واحتج محمد ر ح بان كل فرد منها اصل بنفسه لانصاله عن غيره ولورود الامر بقرينه والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة وهو اقرب كما ترى واحتج ابو حنيفة ر ح بان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجبة اي التعجيل في اخراج الروح لانه لا يحى بعد قطع مجرى النفس او الطعام وحصل بهذا جواب ابي يوسف ر ح ويقول بخرج الدم بقطع احد الودجين فيكفي به تحرز عن زيادة التعذيب جواب مالك لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثم معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحته ليس افرادة حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق قيل يعني اكثر المرخص فيه وهو الثلثة فان الاثنين لما كانا باقين كان اكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيئا وربما لوح الى هذا بقوله احتياط الجانب الحرمة **قوله** ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الذبح بالقرن والظفر والسن المنزوعة جائز مكروه واكل الذبح بها لا باس به وقال الشافعي ر ح هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرئ الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدي الحبشة استئناهما بالاطلاق عما يجوز اكله فيتناول الحرمة المنزوعة والقائم ولان الذكاة فعل مشروع وانهار الدم بها مطلتا غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المنزوع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انهار الدم بما شئت ويروى افرأ الاوداج بما شئت وهو باطلاقة يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركا غير المنزوع بما رواه الشافعي ر ح فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه السلام ناهما مدي الحبشة فانهم لا يتعلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاثلون بالخدش والعض وهذا

وهذا معنى قوله وما رواه محمود على غير المنزوع وقوله ولأنه آلة جارية جواب
عن دليله المعقول وتقديره أن لا نسلم أن انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع
فإنه أي كل واحد منهما آلة جارية يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصارك البطة والحجر
والحديد والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ تفسرها البطة بكسر اللام
قشر القصب والمروءة الحجر الحاد وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه يقتل بالقتل فيكون
في معنى المنخفة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن تميتها موتات قبل أنما يكون
ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه وليس كذلك لأن المذبح لا عقل له
وهو مع كونه سوء أدب ساقتلان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج إليه
لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسر المصنف روح
بأنه عرق ايض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية إلى السهو وقال هو خيط ايض في جوف
عظم الرقبة يمتد إلى الصلب وورد بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق
هي شرائين واوتار ومائش شيء يسمى بالخيطة اصلان ذكر المصنف روح الاصل الجامع
في اخادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة **قوله** وما استأنس من الصيد
قد مر أن الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا مصير إلى الاول قبل العجز
عن الثاني وهذا مخرج ما ذكر في الكتاب وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن ذكاة الاضطرار
انما بصار إليه عند العجز وقال مالك روح لا يحل الأكل بذكاة الاضطرار في الوجهين يعني
ما توحش وما تردى لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له وقتلنا لنسلم الندرة وليش كانت
فالمعتبر حقيقة العجز وقد يحقق قوله في الكتاب يريد القدوري وكلامه واضح والتحرر قطع
العروق عند الصدر والذي يسمي قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيره
الثاني والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله لمعنى في غيره أي في غير الذبح وهو
ترك السنة وقوله أشعر معناه نبت شعرة مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا أنه لم يجب

(كتاب الذبائح * فصل فيما يحل اكله وما لا يحل اكله)

عن الحديث الذي اسند لابه لانه لا يصلح للاستدلال لانه روي ذكاة امه بالرفع والنصب فان كان منصوباً فلا اشكال لانه تشبيه وان كان مرفوعاً فكذلك لانه اقوى في التشبيه من الاول عرف ذلك في علم البيان قبل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله * وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى ان عظم الساق منك دقيق *

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل اكله

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر اوصاف السبع ليبنى على ذلك قوله كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم والفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذى الخطئة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذى النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والدب **قوله** ويدخل فيه الصبع والتعلب لان لهما بابان يقاتلان بهما فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في ابا حنهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الصبع اصيده فقال نعم فقيل ايوكل لحمه فقال نعم فقيل اشي سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة اجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح * وقد قيل انه كان في الابداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائب وابن عرس وبيتة والرخم جمع رخمة وهو طيرا بلق يشبه النسور في الخلقة والبغات ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه واما الغراب الا بقع والاسود فهو انواع ثلثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف رح الا بقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط بأكل الحب مرة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله مكروه عند ابي يوسف **قوله**

قوله وكذا الغداف وهو غراب القيط لا يؤكل واصل ذلك ان ما يأكل الجيف فله حمة
 نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما يأكل الحبوب لم يوجد ذلك فيه وما يخلط كالنداج
 والعقق فلا بأس باكله عند ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم
 اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله واما الضبيع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبيع
 يعني انه ذئب وقوله وهي حجة على الشافعي رحمه الله يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم
 وانه لتأنيث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله
 عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احلله ولا
 احرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال اكل الضب على مائدة رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين ابوبكر رضي الله عنه اجيب بان الاصل ان الحاضر
 والمبهيح اذا تعارض ايرجى الحاضر على ان المبيح مأول بما قبل التحريم ولا تؤكل الحمر
 الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك تشبها
 بما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما
 اوحى الي محرما الاية وسجدت غالب بن بجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم
 لم يبق من مالي الا حمير فقال عليه السلام كل من سمين مالك واستدلا لا يحل اكل
 الوحشي وهو ضعيف اما الاية فلجواز ان يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك
 حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث فلانه مأول باكل ثمنها واما
 الاستدلال فلان من شرطه ان لا يكون الفرع منصوفا عليه والنص الناهي عن لحوم
 الحمر الاهلية قائم فبطل القياس **قوله** وبكرة لحم الغرس عند ابي حنيفة رحمه الله كلامه
 واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتان باعلى النعم ويمتن باداها بانه ترك
 ذكر الحمل عليه فينبغي ان لا يحل الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في ان ترك اعلى النعم
 والذهاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك وقوله والاول يعني

(كتاب الذبايح * فصل فيما يحل اكله وما لا يحل اكله)

كون الكراهة التحريم اصح لانه روي ان ابا يوسف رح سأل ابا حنيفة رحمه الله اذ اقلت
في شيء اكرهه فمارأيك فيه قال التحريم ومبنى اختلاف المشائخ في قول ابي حنيفة رح
على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما
انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم
على ما روينا عن ابي يوسف رح **قوله** ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك واضح والطائي
اسم فاعل من طفئ الشيء فوق الماء يطغوا اذا علا والمراد من السمك الطائي هو الذي
يموت في الماء حتى انفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمار ماهي
كذلك وقوله والحجة عليه ما روينا يعني قوله عليه السلام احلت لنا عبتان ودمان الى
آخرة **قوله** وتسحب عليه فروع كثيرة ينها في كفاية المنتهي * منها انه لو وجد في بطن
السكة سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طين الماء وغيره
وكذلك ان ماتت في جب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في
حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يتقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها ذلك وان كان
لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذ ماتت السمكة في الشبكة
وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء لتأكل فماتت منه وذلك معلوم
فلا بأس باكلها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه
الماء فكل وقوله وفي الموت بالحر والبرد روايتان احدهما انها تؤكل لانها ماتت بسبب
حادث فكان كما لو القاه الماء على اليبس * والاخرى انها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان
من صفات الزمان وليس من اسباب الموت في الغالب واطلق التدويري الروايتين
ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يحل
وعلى قول محمد رح يحل الله اعلم بالصواب * كتاب

كتاب الاضحية

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبيح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحية وهي افعولة وكان اصله اضحية اجتمعت الواو والياء وسبقت احد لهما بالسكون فقلت الواو ياء واد غمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء وجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي فيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وكسرهما وضحية بفتح الصاد على وزن فعيلة كهديّة وهذا يا واضحة وجميعه اضحى كارتاة وارطى وقال الفراء الاضحية يذكر ويؤنث * وفي الشريعة عبارة عن ذبيح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحية وشرائطها سذك في اثناء الكلام وسببها الوقت وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون سببا وكذا اذ الازمه فيتكرر بنكرة كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بنكر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحية فكان كفولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كما متاع تقديم الصلوة على وقفها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقيق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان المو سر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة المبسرة لكان دواها شرطا كما في الزكوة والعشر والخارج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى ما يمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة المبسرة لان اشتراط النصاب لاينا في وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر

(كتاب الاضحية)

وهذا لانها وظيفة مالية نظر الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر
لا يقال لو كان كذلك لوجب التملك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل
بالانفاق كالاعتاق * والمضحى ان تصدق بالحم فقد حصل النوعان اعنى التملك
والانفاق باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير واما حكمها فالخروج عن عهدة
الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبين **قوله** الاضحية
واجبة كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف رح وقيد بقوله
في الوظائف المالية احتراز عن البدنية كالصلوة والصوم فانهما يختلفان فيها لان المسافر
تلحقه المشقة في ادائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية
والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ **قوله** ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب
اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تله شفاعتي واجيب بانه محمول
على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان
فيه ترك الاذن ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله لان الاضحية للاختصاص ظاهر وقوله وهو
اي الاختصاص بالوجود لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص
والوجوب هو المفصي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لجواز ان يجتمع الناس على
ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بان السنة ايضا تفصي
الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة واجيب بان
الوجوب انضى اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير ان الاداء يختص باسباب
اي بشرائط يشق على المسافرين استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت
معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفي ذاك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف الاترى
التي جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى
ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهو اقوى حرجا من زيادة ثمن الماء وقوله والمراد

والمراد بالارادة جواب عما استدلوا به من قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فكان معني
 قوله عليه السلام من اراد من تصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد
 الصلوة فليتوضأ وقوله والعتيرة جواب عما استشهدوا بها وقوله على ما قيل يشير الى ان
 في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف ر ح وذكر في الايضاح انها عبارة
 عما اذا ولدت الناقة والشاة وذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي منسوخة بالاضحية
 وعورض بقوله عليه السلام كتب علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا
 فانها سنة ايكم ابراهيم وبن ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والستين
 مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الغرض ونحن نقول بانها
 غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو
 للوجوب وقوله فانها سنة ايكم اي طريقتة فالسنة هي الطريقة المسلموكة في الدين وعن الثالث
 بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله
 وانما اختص الوجوب بالحرية بيان للشروط المذكورة في اول الباب وقوله لما بينا اشارة
 الى قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله لما بينا اشارة
 الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله وسنين مقدارة اي مقدار الوقت وقوله
 لا يجب عن ولده يعني سواء كان كبيرا او صغيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية
 وعليه الفتوى وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها تجب عليه وقوله والاصح
 ان يضحي من ماله اي من مال الصغير وبأكل اي الصغير من الاضحية التي هي
 من ماله ما امكنه ويتابع بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار
 شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعه عن محمد بن ر ح وقيل يضح ذلك في جلد الاضحية
 من غير خلاف احدوا مافي لحمها فليس له ان يطعم او يأكل **قوله** يذبح عن كل واحد
 منهم شاة كلامه واضح **قوله** وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز كما اذا

(كتاب الاضحية)

مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحبا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع
فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا وقوله تجوز في الاصح احتراز عن قول بعض المشائخ
رحمهم الله انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز
في الاضحية واذالم يجز البعض لم يجز الباقي وجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه اخذ
الفقيه ابو الليث والصدور الشهيد **قوله** الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد بان يكون مع
احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس
وقوله اعتبارا بالبيع لان في القسمة معنى التملك فلم يجز مجازة عند وجود القدر والجنس
وقوله وقد امكن يعني دفع الحرج لان بالشراء للتضحية لا يمنع البيع ولهذا واشترى
اضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به بأس وقوله لما بينا اراد به قوله لانه اعد هالثرية فيمنع
عن بيعها الى آخره وقوله وما روينا حجة على مالك والشافعي رحمهما الله اشارة الى
قوله ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه باطلا فليتناول ما قبل
نحر الامام وما بعده وقوله ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالنحر
الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين
قدم الكوفة وقوله اجزاه استحسانا يشير الى انه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع
الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان
ما ذكره في الكتاب وقوله وقيل هو جائز اي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق ان المستحسن
في العبد هو الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا
قوله وهي جائزة في ثلثة ايام كلامه واضح وقوله ويجوز الذبح في لياليها اي في ليالي ايام
النحر والمراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من
ذي الحجة ولا ليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع النحر من يوم
النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر وتموت بغروب الشمس من يوم الثاني عشر

الثاني عشر فلا تجوز في ليلة النحر البتة لو قوعها نبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه
وانما حازت في الليل لان اللبالي تبع الايام واما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله
والنضحية فيها اي في ايام النحر افضل من التصديق بشمن الاضحية اما في حق الموسر
فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية اوسنة في احد قولي ابي يوسف رح والتصديق بالنمن
تطوع محض ولا شك في افضلية الواجب او السنة على التطوع واما في حق المعسر فلان
فيها جمع بين التقرب باراقة الدم والتصديق والاراقة قربة تقوت بفوات هذه الايام ولا شك
ان الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلوة والطواف
ظاهر فان الطواف في حق الآفاقي لغواته افضل من صلوة التطوع التي لا تقوت بخلاف
المكي فان الصلوة في حقه افضل ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب
على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب غنيا وفقيرا
او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصديق بها حية وان كان من لم يضح
غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصديق بقيمة شاة اشترى ولو لم يشتر لانها واجبة على
الغني عنها ولو لم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية الاضحية عندنا فاذافات وقت التقرب
بالاراقة والحق مستحق وجب التصديق بالعين او القيمة اخراجه عن العهدة كالجمعة تقضى
بعد فواتها ظهر او الصوم بعد الفجر فدية والجمع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء
بجنس خلاف جنس الاداء **قوله** ولا يضحي بالعمياء والعوراء هذا بيان ما لا تجوز التضحية به
والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما ينجو عن بسير العيب
واليسير ما لا اثر له في لحمها وللعوراء اثر في ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر
بالعينين وقلد العلف تورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين
عرجها هي ما لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت
تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي اي

مخ من شدة العجز و بنية كلامه واضحة **قوله** وقيل معناه قولي قريب من قولك اي قولي
الاول وهوان الاكثر من الثلث مانع لانه ادونه اقرب الى قولك الذي هو ان الاكثر من النصف
اذ بقي اجزاء بالنسبة الى قول من يقول ان الربع او الثلث مانع وفي كون النصف مانعا
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في انكشاف العضو
في اول الكتاب وقوله لان القرن لا يتعلق به مقصود الاتري ان التضحية بالابل جائزة
ولا قرن له والكباش الا ملح ما فيه ملحقة وهي بياض يشوبه شعرات سود والوجاء نوع من الخضاء
وهو ان ترغ العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله فتعينت يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية
وقوله كما في نصاب الزكاة فانه اذا انتص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه رب المال
لان التقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك
المال سقط الوجوب وعلى هذا الاصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالبشرى وعلى
الفقير بالعكس وقوله وعلى التغير بينهما لان الوجوب عليه بالبشرى وقد تعدد وهذا الذي
ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام ان المشتري اذا كان موسرا لا يصير واجبة
بالشرى بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا رحمهم الله يجب
وروى الزعفراني عن اصحابنا انها لا تجب وهورواية النوادر وقوله فأنكسرت رجلها
من باب ذكر الخاص وارادة العام فانها اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب
حالة الاضجاع الذبيح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس
بخلافه لان تادى الواجب بالتضحية لا بالا ضجاع وهي معيبة عند حفصار كما لو كانت
كذلك قبله وقوله لانه حصل بمقدمات الذبيح دليل محمد رح ودليل ابي يوسف رح
ان الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبيح
الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر **قوله** والاضحية من الابل والبقر
كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له

له سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في النبعية لانه جزؤها ولهذا يتبعها في الرق والحرية
وهذا لان المنفصل من العجل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام
هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها **قوله** لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة لان النص
ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع
اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمنفعة قلنا اعتمد على ذلك زفررح ولم
يجوز عند اختلافها لكننا نقول اذا كانت الجهات قريبا اتحد معناها من حيث كونها قربة
فجاز اللاحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل
في الباقي لعدم التجزي وقوله لما بينا انه قربة يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز
لان الاراقة لا تجزى وبعض الاراقة وقع نفلا ولحمافصار الكل كذلك ولم يعكس لان
الواجب قد يتقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة تصير للحم مع نية القربة اذا
لم تصادف محلها او كانت في غير وقت الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال **قوله** وبأكل
من لحم الاضحية الاضحية اما ان تكون مندورة او لافان كان الثاني فالحكم ما ذكره
في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان يأكل منها ولا ان يطعم الاغنياء لان سبيلها
التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما روينا
يعني من قوله عليه السلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة
والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله كالخل بالخاء المعجمة والمهملة والاباير
النوابل جمع ابزار بالفتح وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه ليس في اللحم الا الاكل
او الاطعام فلو باع بشيء ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة
الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد بن حنفية انه لو اشترى باللحم
ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله لان القربة انتقلت الى بدل لان تملك البدل من حيث التمول
ساقط فلم يبق الاجهة القربة وسبيلها التصديق وقوله لانه في معنى البيع لان كل واحد عقد

معاوضة وقوله من دمه كل ذنب تمام الحديث اما انه بجاء بدمها ولحمها في موضع في ميزانك
 سبعون ضعفا فقال ابو سعيد الخدري رضي الله عنه هذا لآل محمد خاصة ام لآل محمد
 والمسلمين عامة فقال عليه السلام لآل محمد خاصة والمسلمين عامة وقوله حتى وجب
 عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر اي فيما اذا كان المضحي فقيرا ويكره ان يبدل بها
 غيرها اي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخني رح وقوله فصار
 كما لو باع اضحيته يعني انه لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انتص من الاول
 تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله وقوله ومن
 اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحي يعني ان تشاحي عن التحليل كان كل واحد
 منهما متلفا لحم اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ماذكرناه وهو
 قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لانه ملكها بسابق الغصب يعني
 كانت التضحية وارادة على ملكه وهذا يكفي للتضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم
 والتضحية بالاراقة والاراقة قد فانت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست
 من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصبح ان يقال يظهر الاستناد فيها ولا يظهر ان المالك ثبت
 في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله اعلم

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من اصل وفرع نرد
 فيه الكراهية الا ترى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي النحر وفي الاضحية
 بجز الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهية وفي كتاب الكراهية
 ايضا كذلك **قوله** واللبن يتولد من اللحم فاخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول
 ابي حنيفة رح في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه جلالا مما لا بأس به واكل لحمه محرر مامع

مع ان لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو ان يقال بعد قوله فاخذ حكمه،
 فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما ان المقصود من تحريم لحمه عدم تقبيل
 آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما
 يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جر جر الفحل اذ اردد صوته في حنجرتة
 ونار منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات وقوله لانه في معناه اي لان الادهان من آنية
 الذهب في معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الا استعمال *
 قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الراس
 واما اذا دخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية
 كذا ذكر صاحب الذخيرة في الجامع الصغير وارى انه مخالف لما ذكره المصنف راجع
 في المكحلة فان الكحل لا بد ان يتفصل عنها حين الاكتمال ومع ذلك فقد ذكره في الحرمات
 المصنبة المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمشكذ المسن والغرماء يجعل
 تحت ذنب الدابة ولا يبي حنيفة راجع ان ذلك تابع ولا معتبر بالتواضع حكى ان هذه المسئلة
 وقعت في دار ابي جعفر الدوانيقي بحضرة ابي حنيفة وائمة عصره رحمهم الله فقالت
 الائمة يكره فقيل لابي حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على النضة يكره والا فلا فقيل له
 ما الحججة فيه فقال ارأيت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه اكره فوقف كلهم
 وتعجب ابو جعفر قوله ومن ارسل اجبراله مجوسيا كلامه واضح وقوله لانه لما قبل قوله
 في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة
 لان الحرمة مرجحة على الحل دائما واتي برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس
 الجارية وقوله لما تراجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء قوله ولا يقبل فيها
 في العبادات قول المستور وقوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به يعني اذا
 لم يطعن الخصم وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر

ملزماً وقد استطاعت اعتبار العدد في اعتبار العدالة وقوله حتى يعتبر فيهما أي في التماسق والمستور
 إذا أخبرا بنجاسة الماء أكبر الرأي وقوله ويقبل فيما أي في الديانات قول العبد والحر والامة
 لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلزم
 بنفسه اولاً ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله ما ذكرناه
 اشارة الى الهدية والاذن وقوله وان كان أكبر رأيه انه كاذب بنوعاً به يعني حكماً
 في الاحتياط والاحتياط في النعم بعد الوضوء وان لم يترجم احد الوجهين قبل الاصل الطهارة وقوله ما
 قلنا اشارة الى قوله اما التحري فمجرد ظن فيه احتمال الخطأ وقوله ومنها أي ومن
 الديانات الحل والحرمة يقبل فيهما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك
 كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل والا طعام لانها
 حق الله فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من
 ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا أخبر رجل
 او امرأة عدل الزوجين بانهما ارتضعا من امرأة واحدة بل لا بد فيهما من شهادة رجلين
 او رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمناً لزوال
 الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله أي قول المجوسي في الحل اولى ان يقبل
 في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان
 كلامه متناقضاً اجيب بان ذلك كان ضمناً وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً فلا
 تناقض بينهما لان المراد ههنا ما كان قصداً **قوله** ومن دعي الى وليمة او طعام قيل الوليمة
 طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله كصلوة الجنائز قيل عليه انه قياس السنة على الغرض وهو
 غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الغرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة
 في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يحب الدعوة
 فقد عصى ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر

الطرح من صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على المنع منهم وان لم يتدبر يصبر ليكون عاملاً بقوله عليه السلام من رأى منكم منكراً فليغيره بيده الحديث **قوله** ولو كان على المائدة ينبغي ان لا يتعد بشير الى ان ما تقدم انما جاز اذا كان المغني في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية واما اذا كان على المائدة فكان قاعداً مع القوم الظالمين وقوله ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمد ارضي الله عنه اطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجدتم اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو وحرام لا يقال الحيوة الدنيا لعب والله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليس بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناء النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلث نأديه لغرسه ورميه عن قوسه ولاعبته مع اهله وقوله بضرب القضيب عنى به خشب الحارس وقوله وكذا قول ابي حنيفة رحمه الله معطوف على قوله دلت المسئلة

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدّم اللبس لكثرة الاحتياج اليه **قوله** لا يحل للرجال لبس الحربر ويحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل واستدل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا ولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخراً فلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعدة بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبر وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذا حرام ان اشارة الى جزئين فمن اين العموم

(كتاب الكراهية * فصل في اللبس *)

اجيب بان المراد الجنس واثن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله وقال لا يكره يعني
للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وقوله لهما العمومات يريد به قوله نهى عن لبس
الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه
استقبل جيشا من الغزاة رجعا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم
فقالوا لم اعرضت عنا فقال لاني ارى عليكم ثياب اهل النار والمرقة بكسر الميم وسادة
للا تكاء **قوله** والجامع كونه نموذجا يريد به ان المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعدله
في الآخرة منه ليرغب في تحصيل سبب يوصله اليه وقوله لا فصل فيما روينا يريد به قوله
صلى الله عليه وسلم هذا حرامان علي ذكور امتي وقوله والخزمسدي بالحرير قيل
هو اسم لثوب سداة حرير ولحمته صوف حيوان في الماء * وجملته وجوه هذه المسئلة ثلثة
الاول ما يكون كله حريرا وهو اندياج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما
في الحرب فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين *
والثاني ما يكون سداة حرير ولحمته غيره ولا بأس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم
اذا تعلق بعلته ذات وصفين يضاف اليه آخرهما وجود او اللحمة كذلك * والثالث عكس
الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهي ايقاع الهبة في عين العدو ليريقه ودفع معرفة
السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله علي ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب
انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روي هشام عن محمد رح انه ما كان يرى باللباس
المرتفع جدا باسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته
الف درهم ووربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وابو حنيفة رحمه الله
كان يرتدي برداء قيمته اربع مائة دينار وقد قال الله تع قل من حرم زينة الله التي اخرج
لعبادة **قوله** ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من
قوله صلى الله عليه وسلم هذا حرامان علي ذكور امتي ولا بالفضة لانه في معناه فان قيل قوله

قوله عليه السلام هذا حرامان على ذكوري أمتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الآية ولا يقيد به لان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور منقح عليه تلقته الامم بالقبول فجاز التقييد به وقوله وقد جاء في اباحة ذلك آثا وهو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وفصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمته ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر رضي الله عنه الى ان توفي ثم في يد عمر رضي الله عنه الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البير فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لاداة الحصر فيه ومن الناس من اطلق منهم شمس الائمة السرخسي رح فقال الاصح انه لا باس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصغير الذي هو المنصوص عليه وقوله لما روينا اشارة الى قوله هذا حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البراء ابن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته ولكونه نمودا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا البسه ابدا فرماه الناس وقوله ويجعل الفص الى باطن كفه لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله وعن

(كتاب الكراهية * فصل في الوطئ والنظر والمس)

ابي يوسف رَح مثل قول كل منهما يعني اختلف المشائخ في قول ابي يوسف رَح فمنهم من
ذكر قوله مع ابي حنيفة رَح هكذا ذكره الكرخي وذكر في الامالي مع قول محمد رَح
والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم وقوله وهو الصحيح
لان عامة المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما
رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم تكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه
التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعل للحاجة وضرورة لا بكرة وهو نظير التربع في الجلوس
والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج في سفر عده الى شجر يقال له رتم فشد
بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امرأتي وان اصابه
وقد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرنمة
وهي خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرنمة قال الشاعر * اذا لم تكن حاجاتا في
نفوسكم * فليس بمنع عنك حقد الرثائم * والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن
التفعال كالتهدار والتلعاب بمعنى الهدر واللعب والله اعلم بالصواب *

فصل في الوطئ والنظر والمس

مسائل النظر اربع نظر الرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة *
والاولى على اربعة اقسام نظرة الى الاجنبية الحرة ونظرة الى من يحل له من الزوجة
والامة ونظرة الى ذوات محارمه ونظرة الى امة الغير **قوله** ولا يجوز ان ينظر الرجل
الى الاجنبية القياس ان لا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية من قرنهما الى قدمها واليه اشار
قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم ابيح النظر الى بعض المواضع منها وهو
ما استتاه في الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها الحاجة والضرورة وكان ذلك

ذلك استحسانا لكونه ارفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها
و فسر ذلك علي وابن عباس رضي الله عنهما بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما
وقوله ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والا نك الرصاص وقوله
فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه
لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية ان يبصرها عن شهوة
وقوله ابصرها فانها اخرى ان يودم بينكما اي بوفق قاله لمغيرة ابن شعبه لما اراد ان
يتزوج امرأة والخافضة للجارية كالخثان للغلام يعني ان الخافضة والخثان ينظران الى
العورة لاجل الضرورة لان الخثان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النساء فلا يترك
ويجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة تجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه
نوع مرض علي ما روي عن ابي يوسف رح واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر
الى موضعه **قوله** وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم قوله
خلا فالما يقوله ابو عصمة يعني سعد ابن معاذ المروزي ان السرة احد جدي العورة فتكون
من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي رحمه الله على ابي عصمة غير مستقيم لان هذا
التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رح
لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا
والماخذ متعددان لما ذكر يكون تعليل ابي عصمة وتعليل الشافعي رح غير ذلك وهوان
السرة محل الاشتاء والركبة عورة خلا فالشافعي رح استدلالا بالغاية فانها لا تدخل
تحت المغبا والنخذ عورة خلا فالاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السواة دون ما عداها
لقوله تعالى فبدت لهما سوءاتهما والمراد به العورة وما دون السرة التي منبت الشعر عورة
خلا فالما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري متعمدا فيه على العادة **قوله**
لان لا معتبر بها اي بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله

(كتاب الكراهية * فصل في الوطء والنظر والمس)

ومادون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على كون الركبة عورة وقوله وابدى الحسن بن علي جواب عن قول ابي عصمة والشافعي رحمه الله وقوله وقال عليه السلام لجبرهد جواب عن قول اهل الظاهر وقوله ولان الركبة دليل معتقل على كون الركبة عورة والباقي ظاهر **قوله** لانهما اي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه وقوله ووجه الفرق اي فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو ان الشهوة عليهن غالبية والغالب كالمحقق غالب الا ترى ان وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقتيهما وان ابا حنيفة رحمه الله جوز الصلوة في السفينة قاعد الان دوران الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتتها وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبار القيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتتة لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبار بعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمحقق من الجانبين في الانضاء الى المحرم اقوى من المحقق من جانب واحد لا محالة **قوله** وتنظر المرأة من المرأة هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة ان تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية اي في الحمام وهذا دليل على انهن لا يمتنعن عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود بحصيل الزينة والمرأة الى هذا احوج من الرجل ويمكن

ويمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا
 اشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها
 كما سيأتي قال المصنف رح والاول اصح لان نظر الجنس اخف **قوله** وينظر الرجل من
 امته هذا هو القسم الثاني من اقسام نظر الرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب
 في كلام المصنف رح ظاهر وقيد بقوله من امته التي تحل له لان حكم امته المجوسية والتي
 هي اخته من الرضاة حكم امه الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية
 على حل الوطئ فينتفي بانتفائه والغير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان للاهلي
 نوع ستر من الاقتاب والثغور وقد قيل هو الاهلي ايضا وقوله وكان ابن عمر رضي الله عنهما
 يقول الاول ان ينظر يعني وقت الوقاع روي عن ابي يوسف رح في الامالي قال سألت
 ابا حنيفة رح عن الرجل يمس فرج امرأته او تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك
 بأسا قال لا رجوا ان يعظم الا **قوله** وينظر الرجل من ذوات محارمه هذا هو القسم
 الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين من ذوات
 محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس
 بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو محجوج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال
 لامرأته انت علي كظهر امي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه
 المحللة بالمحرمة وقوله والا صل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم نجزع على تأويل
 المذكور قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة ذكر الحال
 وارادة المحل 'مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منها عانه
 فابداء المتصل اولى وذلك كقوله تعالى ولا الفلائد في حرمة تعرض محلها وقوله
 وهي ما ذكر في الكتاب يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك اي في مواضع
 الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع

(كتاب الكراهية * فصل في الوطئ والنظر والمس)

الزينة اما الرأس فلانه موضع التاج والاكيل والشعر موضع العتاص والعنق موضع الغلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدمليج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب * والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظاهر والتخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقي كلامه واضح وقوله لوجود المغنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه اي في المحرم وقوله في الاصح متعلق بقوله اوسفاح لان اختلاف المشائخ في المصاهرة بالزناء لافيها بالنكاح فان بعض مشائخنا قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سنا حالان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانتة مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح انه لا بأس بذلك لما بينا انما محرمة عليه على التأيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لوجود مقتضي للاباحة وهو الحاجة الى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها استثناء من قوله ولا بأس وكلمة فوق في قوله عليه السلام فوق ثلثة ايام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلثة ايام ايضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة لان في المسافرة خلوة وقوله فان احتاج الى الراكب اي اركاب ذوات المحارم والاصل في ذلك ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول اجد من هاريج الجنة وكان ذلك لاعتناء شهوة قطعاً فيجوز المس مع الانتفاء عن الشهوة ما مكن قوله وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا آخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها اي ضرب علاوتها وهي رأسها بالدرة وقوله خلا فلما يقول محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة وجهه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ومن اراد ان يشتري جارية فلينظر

فليُظَرَّ اليها الا في موضع الميزر وتعامل اهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها يعني اذا امن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليد مال شمس الائمة رح وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد رح وفي الاركاب والانزال اعتبر محمدرح الضرورة سيهن يعني التي لا مدفع لها وفي المحارم مجرد الحاجة اي نفس الحاجة لا الضرورة وقوله ولا بأس بان بمس ذلك اي المواضع التي يجوز النظر اليها اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتري كذا في المختصر واطلق في الجامع الصغير فقال رجل اراد ان يشتري جارية لا بأس بان بمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح وقوله وكذا المختص في الردى من الافعال يعني من يمكن غيره من نفسه احتراز عن المختص الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتبهى النساء فانه رخص بعض مشائخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى او التابعين غير اولى الاربعة من الرجال قيل هو المختص الذي لا يشتبهى النساء وقيل هو المحبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما هذه بطنه وفي هذا كلام ايضا فانه اذا كان شابا ينحى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح ان تقول قوله تعالى او التابعين من المتساقيات وقوله تعالى وقل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم محكم فخذ به واليد اشار المصنف رح بقوله فالحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على صورات النساء اي لم يطلعوا اي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك واضح وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمهما الله به قال سعيد بن مسيب وسعيد بن جبير قال في النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيد بالنسبة لينا ول سعيد بن الحسن

(كتاب الكراهية* فصل في الاستبراء وغيره)

وغيرهما سمرّة بن جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان
الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى
او ما ملكت ايما نهن لزم التعارض وعورض بان نظرا لاماء الى سيدتهن استفيد من قوله
او نسا ئهن فلو حملت هذه الآية على الاماء لزم التكرار وبان الاماء لو لم تكن مرادة من
قوله تعالى او نسا ئهن وجب ان لا تكون مرادة من قوله تعالى او ما ملكت ايما نهن ايضا
لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على احد ان للامة ان تنظر
الى سيدتها كالا جنبيات والمالك ان لم يزد توسعة فلا اقل ان لا يزد تضيقا واجيب
عن الاول بان المراد بالساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهم لانه ليس لمؤمنته ان تجرد
بين يدي مشركة او كناية كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما والظاهر انه اراد
بنسا ئهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت او غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن
الى بعض سواء والمراد من قوله او ما ملكت ايما نهن الاماء وعن الثاني بان حال الامة
يقرب من حال الرجال حتى تسا فر بغير محرم فكان يشكل انه يباح لها الكشف بين
يدي امتهما ولم يزل هذا الاشكال بقوله او نسا ئهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر
دون الاماء والباقي واضح*

فصل في الاستبراء وغيره

اخرا الاستبراء لانه احتراز عن وطئ مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرا الجارية اي طلب
براءة رحمها من الحمل واوطاس موضع على ثلث مراحل من مكة كانت به وقعة
للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه فيحدث
سبايا او طاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن بحبضة
ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع ابلغ نهى مع وجود المالك

(كتاب الكراوية * فصل في الاستبراء وغيره)

الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا بموجب * واما سببه فهو استحداث الملك
واليد لانه هو الموجود في مورد الص واما علته فهو ارادة الوطى فانه لا يحل الا في محل
فارغ فيوجب معرفة فرائده واما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم عيانة للمياه المحترمة
عن الاختلاط والانساب عن الاشباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه ببناء محترم بان
لا يكون من بغى وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل
من الزنى لا يحل وطئها حملا للحال على الصلاح * واما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها
لناخرها عنه * واما العلة فهنا وكذلك لان الارادة امر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث
الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطى فان صحيح
المزاج اذا تمكن منه ارادة والتمكن انما يثبت بالملك واليد فان نصب سببا وان يد الحكم عليه
وجود او عدمه ما تيسر اهدا في المسببة ثم تعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة
والوصية والميراث والخلع بان جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بان جعلت بدلا فيها
فان قيل الموجب ورد في المسببة على خلاف التماس لتحقيق المطلق كما ذكرتم فهل يقتصر عليها
فالجواب ان غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا لتحقيق بطلان الالة * واذا ظهر هذا قلنا وجب
على المشتري من مال الصبي بان باع ابوه او وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج
الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة ومن لا يحل له
وطئها لكونها اخته رضاعا او ورثها وهي موطوءة ابيه وكذا اذا كانت بكر التحقيق السبب
وهو استحداث الملك واليد ولا يجزئ بالحيصة التي اشتراها في اثائها وقال ابو يوسف رح
يجزئ بها الحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا يالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب
من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها اي بعد اسباب الملك قبل القبض
لتحقق ذلك قبل تمام السبب فان السبب استحداث الملك واليد وهي انما تكون بالقبض
ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان السبب

(كتاب الكراهية * فصل في الاستبراء وغيره)

استند اث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب ولا يجب الاستبراء في الآبقة يعني النبي
ابنت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابنت الى دار الحرب ثم عادت اليه
بوجه من الوجوه فكذلك عند ابي حنيفة رح لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما
يجب عليها الاستبراء لانهم ملكوها وقوله وحرم الدواعي لافضاؤها اليه اي الى الوطء
كما اذا ظهر من امرأته فانه حرم وطئها وحرم دواعيها لافضاؤها اليه وقوله ولم يذكر
الدواعي في المسبية يعني في ظاهر الرواية وعن محمد رح انها لا تحرم واستشكل ذلك حيث
تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي
في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر
من وجهين * احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان
عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المسروط * والثاني
ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع في غير الملك فان
لم يحرم الثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالا احتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدي
هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للأحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به
لعدمه والدليل هنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي رح
واكثر الفقهاء فلما كان عليها في المسبية امرا واحدا لم يعتبر ولما كان في غيرها امران
تعاظدا اعتبرت وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات
وقوله لما رونا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبال حتى يضع حملهن وقوله وان
ارتفع حبسها اي امتد طهرها في او ان الحيض لا يطأها حتى اذا تبين انها ليست بحامل جامعها
لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة تدل على ان الحبل لو كان لظهر
وليس فيها تدبير في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان مشائخا قالوا
يتبين ذلك بشهرين او ثلثة على ما ذكر في الكتاب الى آخره قيل والاول اصح وهو ان يتركها شهرين

شهرين أو ثلثة لظهور الحمل في ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ف ونشر يعني يشتريها ويقبضها إذا زوجها البائع أو يقبضها إذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لأنه إذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لاله والحيلة في تمشية هذه الحيلة أن يزوجهما على أن يكون امرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني بعد القبض لأنه أن يطلقها قبله كان على المشتري الاستبراء إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد رح لأنه إذا أطلقها قبل القبض فأن قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء وقوله إذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء لأن القبض إذا كليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة الاتري أن تزويج المشتري وأن كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلًا للتمكن وقوله كما إذا كانت معتدة الغير يعني إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجديد السبب ^{قوله} ولا يقرب المظاهر ولا يلمس هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجماع الصغير استطراد فان الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره وقوله لأن الحيض يمتد شطر عمرها قال في النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه نظر لأنه يشير إلى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رح علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله ومن له امتنان اختان قبلهما هذه علي ثلثة أوجه ما أن قبلهما ولم يقبلهما أو قبل أحدهما فان لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل ويطأ أيتهما شاء سواء كان اشتراهما معا وعلى التعاقب وإن كان قبل أحدهما كان له أن يطأ المقبلة دون الأخرى وأما إذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لأنه إذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره

(كتاب الكرامة * فصل في الاستبراء وغيرها)

في الكتاب وهو مذهب علي رضي الله عنه عملاً باطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
وكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما آية يعني قوله تعالى او ما كنت ايمانكم وخرصتهما
آية يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحبل بعد وحوادث سبب
الحبل وقد وحد ذلك وهو ملك اليمين قال المصنف رحمه الله ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت
ايمانكم لان الترجيح للمحرّم لا يقال يجوز ان يكون المراد الجمع بينهما نكاحاً فلا يناول
محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطى فحرمة الجمع بينهما نكاحاً دليل على حرمة
الجمع بينهما وطئاً فوجب ترجيح المحرّم والباقي واضح **قوله** وكذا الكتابة كالاتفاق كلمة
كذا زائدة وقوله في هذا اي في انه يحل وطئ الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة
لم تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره
فكان ينبغي ان لا يحل له وطئ الاخرى واجيب بان الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه
العقربوطها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له ان يطأ الاخرى وقوله
يكره ان يقبل الرجل من الرجل الى آخره واضح وعن عطاء رحمه الله ان ابن عباس
رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال اول من عانق ابراهيم خليل الله صلوات الله عليه
كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن
فقال ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين
ومشى الى ابراهيم عليه السلام فسلم عليه ابراهيم واعتقه فكان هو اول من عانق والشيخ
ابو منصور رحمه الله وفق بين الاحاديث قتال المكروه من المعانقة ما كان على وجه
الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في اراواحد فانه سبب يفضي اليها واما على وجه البر
والكرامة اذا كان عليه تميص او جبة فلا بأس به وعن سفيان ثقبيل يد العالم سنة وثقبيل
يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيماً للغير وروى انس رضي الله عنه ان
البي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم رحمه الله انه

انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم
فقبل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا
والفقراء وطلبة العلم لا يطعمون مني ذلك وانما يطعمون جواب السلام والكلام
معهم في العلم ونحوه فلا ينضرون بترك القيام والله اعلم بالصواب *

فصل في البيع

آخر فصل البيع من فصل الاكل والشرب واللمس والوطئ لان اثر تلك الافعال متصل
ببدن الانسان وهذا هو ما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم قوله ولا بأس ببيع السرقة
كلامه واضح وقوله في الصحيح احتراز عن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعدو الخاصة
يجوز وقوله على اي وصف كان يعني حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا رجلا او امرأة وقوله
لما مر من قبل يعني في فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اچيراله مجوسيا وهذا
لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدة الله دفعا للخرج وقوله لما قلنا اشارة الى
قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف
كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان
لا يكذب الفاسق لم روته اولوجهاته وقوله لان اكبر الرأي يقوم مقام اليقين يعني فيما هو
اعظم من هذا كالفروج والدماء الا ترى ان من تزوج امرأة ولم يرها فادخلها عليه انسان
واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رأيه انه صادق وكذا اذا
دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رأيه انه لص
فصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل به بذلك وقوله الا ان يكون
مثله لا يملك مثل ذلك كدرة في يد فقير لا يملك شيئا او كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه

(كتاب الكراهية * فصل في البيع)

من هو اهل لذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه وقوله وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية
ن هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية انها لقان فرأى آخر يبيعها يعني ان الآتي
بالجارية اذا كان عبدا او امته وقال لآخر وهبتها منك او بعناها منك فليس للآخر ان يقبلها
منه ولا ان يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المتباني للملك وهو الرق معلوم فيه
فما لم يظهر له دليل مطلق للنصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله وان لم يكن له
راي لم يشتريها لقيام الحاجر بالراء المهمة اي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو ان امرأة
اخرها ثقة بناه على ان القاطع اذا كان طارئا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد
فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من انضمام اكبر رأي المخبر له واذا ظهر
ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لان القاطع طارئ فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا
الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت
لغيره فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس
كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى منه والباقي واضح **قوله** واذا باع المسلم
خمر اكلامة واضح وروي عن محمد رحمه الله انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي
فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك
بقضائه **قوله** ويكره الاحتكار والاحتكار افتعال من حكراي حبس والمراد به حبس الاقوات
من ربصا للغلاء **قوله** فان لبس فهو مكروه في الوجهين يعني في الاضرار وعدمه وقوله ويتعدون
عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا قتيلا بمائة وهو يشتري بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر
عن المسلمين وقوله يرى الحجل دفع ضرر عام يعني كالطبيب الجاهل والمكاري المنلس
وقوله وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس
فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية وقوله ومن وضع درهما عند يقال يا خذ منه ما شاء واضح ولكن

لكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان عند الوديعة فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض ويجوز ان يجعل قوله يأخذ منه ما شاء خراجا مخرج المشروط يعني وضعه بشرط ان يأخذ منه ما شاء واما اذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو وديعة ان هلك لم يضمن شيئا **مسائل متفرقة**

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلفوا في تفسير قوله جرد والقرآن فقبل المراد به نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف * وقيل هو امر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل انه حدث على ان لا يعلم شيء من كتب الله غير القرآن لان غيره لما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بما مومنين عليها وقوله وقد ذكرناه من قبل يعني في فصل القراءة من الصلوة وقوله ولا بأس بعبادة اليهود والنصارى قيد بهما لان في عبادة المجوسي اختلافا بين المشائخ فمنهم من قال لا بأس به لانهم من اهل الذمة وهو المروي عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى الا يرى انه لا يباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عبادة الفاسق والاصح انه لا بأس به لانه مسلم والعبادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح **قوله** ومن كان في يده لقب لا اب له ذكر في النهاية ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها اوزوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الإصالة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتميز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام واموال القنية ما يكون للنسب لا للتجارة وقوله واجارة الصغار في اكثر النسخ وهورواية القدوري وفي بعضها واجارة الاطوار وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملئق ان يؤجره يناقض قوله واجارة الصغار

(كتاب الكراهية * فصل في البيع * مسائل متفرقة)

ظاهر ائمتهم من حملة على الروايتين فالاول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير وئمتهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظهار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة قوله ولا يجوز ذلك للعم يعني وان كانت في حجرة وقوله ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز قال في النهاية اي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد وقوله وبكرة ان يجعل الرجل في عنق عبد لراية راية الغلام غل يجعل في عنقه علامة يعلم بها انه آبق قال في النهاية واما الداية بالمال فلفظ كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلّة الا باق اما في زماننا فلا بأس به لغلبة الا باق خصوصاً في الهنود وقوله يريد به التداوي احتراز عما لو اراد به التسمين فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته اي باباحة التداوي الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا وعباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والا مر بالتوكل محمول على التوكل عند اكساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك جذع النخلة تساقط عليك رطباً جنياً مع قدرته على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام وقوله الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال قوله ولا بأس برزق القاضي اذا قلنا السلطان رجلاً بالقضاء لا بأس ان يعين له رزقاً بطريق الكفاية لا ان يشترط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنهما الى

الى مكة وفرض له اربعين اوقية في السنة والاوقية بالتشديد اربعون درهما وتكلموا في
 انه صلى الله عليه وسلم من اي مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان
 الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه * فقيل انما رزقه من الفيء * وقيل من المال
 الذي اخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجر وقوله
 هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة يعني على قول محمد رح يجب رد حصته ما بقي
 من السنة وعلى قول ابي يوسف رح لا يجب فاسوا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة
 فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح
 وقوله ولا بأس ان تسافر الامة الى آخرة قيل هذا كان في الابتداء اما الآن فكرة ذلك لغلبة
 اهل الفسق وقوله وقد ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله واما الخلوة
 بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم والله اعلم بالصواب *

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان في مسائل هذا
 الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب في الخصب في اقوات الانام ومشروعيته
 بقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له وشروطه ستذكر في اثناء الكلام * وسببه
 تعلق البقاء المقدركما مر غير مرة * وحكمه تملك المحيي ما احياه **قوله** الموات ما لا ينتفع به
 من الاراضي شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطاع الماء عنه ولغلبة الماء عليه وما اشبه
 ذلك بان غلبت عليه الرمال او صارت سمخة بالميت من الحيوان الذي بطلت منافعه
 فسمي مواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به **قوله** فما كان منها عاديا ليس المراد به
 ما يقتضيه ظاهر لفظه من ان يكون منسوب الى عادلان عادالم يملك جميع اراضي الموات ولكن
 مراده ما قدم خرابه كما ذكره في الكتاب وقوله او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه قول

(كتاب احياء الموات)

بعض المشائخ رحمهم الله قال بعضهم الاراضي المملوكة اذا انترض اهلها فهي كاللنطة وقوله
واذا لم يعرف له مالك من تمة قول محمد ر ح وقوله في دار الحكم عليه اي على القرب مرجع
حكمي بينهم من قوله قريبا وقوله ثم من احياء واضح وقوله وما روى به يحتمل انه اذن لقوم
لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصت الشرع والآخراذن
بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من فاء اورع في صلواته فليصرف والآخر كقوله
صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلاً فله سلبه اي للامام ان يأذن للغازي بهذا القول فكان
ذلك منه عليه السلام اذنا لقوم معينين فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احياء ارضا
مواتا في اي من ذلك القبيل * وحاصله ان ذلك يحتمل التأويل وما ذكره ابو حنيفة رحمه الله
مفسرا لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو ان قوله عليه السلام من احياء ارضا مينة فهي له
يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لذلك الحكم
وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس
امامه يدل على ذلك وقوله والاصح ان الاول ينزعها من الثاني بيانه ان المشائخ اختلفوا
في ان احياء الموات يثبت ملك الاستغلال او ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه
ابو القاسم احمد البلخي الى الاول قياسا على من جلس في موضع مباح فان له الانتفاع
به فاذا قام عنه واعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني استدلالا بالحديث فانه اضاف
بلام التلميح في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك ولقاتل ان يقول الاستدلال بهذا
الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة رحمه الله ففيه نظرا لانه حملة
على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه
اذا اذن له الامام كان شرعا الا ترى ان من قال له الامام من قتل قتيلاً فله
سلبه ملك من قتله وقوله لتعينها لتطرقه لانه حين سكنت عن الاول والثاني
والثالث صار الباقي طريقا له فاذا احياء الرابع فقد احيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه

فيه طريق قوله ويملكه الذمي بالاحياء المسلم والذمي في تلك ما احياء سواء لاسنوا لهم في السبب والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على اصلنا كالمسلمين قوله ومن حجار رضا بجوزان يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول اعلم بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفتلون ذلك ومعنى الثاني اعلم بحجر الغير عن احيائها فكان النخيل هو الاعلام فاذا حجار رضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كونه مفيد الملك فمنهم من قال يفيد ملكه موقتا الى ثلث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف رح اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر في ما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلث سنين واحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمنحجر حق بعد ثلث سنين نفى الحق بعد ثلث سنين فيكون الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله من غير ان يتم المسئاة وهو ما ينبت للسيل لرد الماء وقوله في الاخير يريد به حفر البير ورد الخبز وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بيرا مقدار ذراع فهو منحجر وقوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة يعني عند محمد رح او دلالة عند ابي يوسف رح وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله ومحمد رح اعتبر انقطاع اتفاق اهل القرية عنها حقيقة الى آخره وقوله لا يجوز ان يقطع الامام بقا لقطع السلطان رجلا راضا اي ادطاه اياها وخصه بها وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لتحقق حاجتهم العطن مناخ الابل ومبركها وقوله الاربعون من كل الجوانب يعني يكون في كل جانب عشرة اذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا ماشيته فانه بظاهرة في جميع الجوانب الاربع والصحيح انه من كل جانب لان المقصود من الحریم دفع الضرر عن صاحب

(كتاب احياء الموات)

البيير الاولى كىلا يحفر بحريمه احد بيير اخرى فيتحول اليها ماء بييرة وهذا الضرر لا يندفع
بغشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف في الصلابة والرخاوة وفي مقدار اربعين
ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناصح البعير وقوله وله ما روينا به قوله
من حفر بييراه فله مما حولها اربعون ذراعا من غير فصل يعني بين العطن والناصح واعتراض
بانه مقيد بقوله عطنا لما شئته قد فصل بين العطن والناصح واجيب بان ذكر ذلك
للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الآبار في الغلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن
ذكر جميع الانتفاعات كما في قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لان الغالب في ذلك اليوم
البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص
بالاكل ولكن الغالب من امرة الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك
ما روى ابو يوسف رح قال حدثنا شعب بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البيير اربعون
ذراعا من ههنا وههنا وههنا لا يدخل عليه احد في حريمه وفي مائة وقوله والعام الملتحق
على قبوله والعمل به يريد به قوله عليه السلام من حفر بيير الا ان كلمة من تفيد العموم اولى
عنده ابي عبد الله حنفية رضي الله عنه من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد به
حديث الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بيير العطن اربعون ذراعا وحريم بيير
الناصح ستون ذراعا ورد عموم الاول بان معناه من حفر بيير العطن فله مما حولها اربعون
ذراعا وهو خاص بالعطن كما يرمى واجيب بان عطائيس صفة لبيير حتى يكون مخصصا
وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمتنضي القياس فانه يابى استحقاق الحريم
لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه لكننا تركناه
به فان قيل فاتركه في الناصح ايضا لحديث الزهري لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض
بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما روينا به اشارة الى قوله
عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وقوله والذراع هي المكسرة يعني ان يكون ستة

ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله لما يننا اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هي المكسرة **قوله** فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كلامه واضح وقوله ان يصلحه ابي يصلحه بكسبه من باب اعجبني زيد وكرمه في كون العطف للتفسير فان اصلاحه كبسه وقوله وذكر طريق معرفة النقصان وهوان تقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز وقوله وبه ورد الحديث يريد به ماروي ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى تحت شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع واطلق للآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه قوله ومن كان له نهر في ارض غيره ذكر في شرح الطحاوي لو ان نهر الرجل وارضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة رحمه الله هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا اراد رفعها اي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المسناة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كربه في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كربها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر في النهاية وظاهر كلام المصنف رح ينافيه وقوله فيكون له حريم اعتبارا بالبير يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البير والعين فيتعدى الحكم منهما اليه وله ان القياس بأباه على ما ذكرناه يعني قوله ولان القياس يابى استحقاق الحريم الى آخره وفي البير عرفناه بالانتر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله

كتاب احياء الموات * فصول في مسائل الشرب * فصل في المياه

والحاجة الى الحریم فيه اي في البير جواب عما يقال لب انه على خلاف القياس فليحقق به
بالدلالة ووجهه ان الاحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى او المساوي والامر فيما نحن فيه
ليس كذلك فان الحاجة الى الحریم فيه اي في البير بمعنى القليب فوق الحاجة اليه في النهر
لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحریم ولا يمكن في البير الا بالاستسقاء ولا استسقاء
الا بالحریم فتعذر الاحاق وقوله ووجه البناء الى قوله والقول لصاحب اليد من جهتهما
وقوله وبعد استحقاقه الى آخره من جهة ابي حنيفة رحمه الله وقوله اما صورة فلاستواء لهما
يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع
من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لائقا طينه وقوله يقضي للذي
في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه هو الموعود بقوله على ما ذكره وقوله والقضاء في موضع
الخلاف اي في مسئلة من كان له نهر في ارض غيره قضاء ترك لقضاء ملك فلو اقام صاحب
النهر البيعة بعد هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان
المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمسك
الماء جواب عن قولهما ان الحریم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء وهو واضح وقوله
والمانع من نقضه جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية
الجامع الصغير لانه يبين بها موضع الخلاف وقوله لبس لاحدهما عليه اي على المسناة بناويل
الحریم والله اعلم بالصواب *

فصول في مسائل الشرب * فصل في المياه

ما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج
اليه وقد تم فصل المياه على فصل الكري لان المقصود هو الماء والشفة اصله شفة استقطت
الهاء تخفيفا والمراد بها هنا الشرب بالشفة وجميعون نهر حوارزم وجميعون نهر الترك

الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وضفة النهر بالكسر والفتح حافته وانث ثلث في قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث لان الفصحى في الكلام اذالم يذكر المعدود ان يذكر علي لفظ الموءنت نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه السلام من صام رمضان واتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لافي الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام انث وقوله عليه السلام شركاء يريد به الاباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والانهار واما الكلاء وهو الاساق له فاما ان نبت في ارض شخص او انبته فيها بكري الارض وسقياها فان كان الاول كان معها حال الناس الا ان احدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج له صاحب الارض او ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع بشيء منه الا برضاة لانه حصل بكسبه والكسب للمكسب واما النارف من اوقد نار في ارض ليس لاحد فيها حق فلهم ان ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها وتجبف الثياب وان يعمل بضوءها واما اذا اراد ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاة لان ذلك فحم او حطب قد احترز الموقد ليس مما يثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث وقوله حتى لو سرقة انسان لم يقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يتطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني وقوله تعالى والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمستأجر ذكر في المبسوط واكثرهم على ان له ان يتمتع في مثل هذه الصورة لان الشفة لا يضر بصاحب النهر

(كتاب احياء الموات * فصل في كرى الانهار)

والبير فاما ما بضره بقطع فله ان يمنع ذلك وقوله ولهم ان يأخذوا منه اي من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشائخ فان منهم من قال لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة ثبتت في حق الشفعة لا غير والصحيح جواز دفعه للخرج وقوله له ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من ائمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله لان الماء متى دخل في المقاسم اي متى دخل في قسمة رجل بعينه وقوله بواحدة اي بالكلية *

فصل في كرى الانهار

لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امرارا ثدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام آخر ذكره ووجه الحصر على الثلاثة ظاهر لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات وسيحون وجيخون ودجلة واما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيها وقوله الا انه يخرج له اي للكرمي من كان يطبقه اي الذي يقدر على العمل ويجعل مؤنته اي مؤنة من يطبقه على الميا سير الذين لا يطبقونه بانفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطبق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله ويقابله عوض يعني حصه من الشرب فلا يعارض به اي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص وقوله خيفة الانبثاق يقال بثق السيل موضع كذا اي خرقة وثقة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلو ثم قيل بجبر الابي كما في الثاني وهو قول ابى بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول ابى بكر بن ابى سعيد البلخي وقوله فاستوت الجنبتان يعني في الخصوص بخلاف

(كتاب احياء الموات * فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه)

بمختلف ما تقدم وهو في الاجبار في النهر الثاني فان من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احدي
الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره وقوله ولا جبر لحق
الشفة جواب عما يقال ان في كرى النهر الخاص احياء حق الشفة العامة فيكون في الترك
ضرر عام فينبغي ان يجبر الآبي على الكرى دفعا للضرر عن اهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين
من مشائخنا رحمهم الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الآبي لحق اهل الشفة كما لو امتنع جميع
اهل النهر من كربه فانهم لا يجبرون على الكرى لحق اهل الشفة وقوله ومؤنة كرى النهر
المشترك ظاهر وقوله فلا يلزمه انتفاع غيره قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى
النفع غير مسموع وقوله لانهم لا يحصون يعني فكانوا مجهولين والله اعلم بالصواب *

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب *
يجوز دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي في التماس ان لا يقبل منه ذلك لان
شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام
ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ترك على حاله معناه لم يكن له ذلك بل يترك
على حاله وقوله فان لم يكن في يده يعني بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ولم تكن اشجاره
في طرفي النهر فعليه اي فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر وان كان
له مجراه في هذا النهر بسوقه الى ارضه ليستقيها ان كان يدعي الاجراء في هذا النهر وان اقامها
يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول اوحقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت
بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله فحكم الاختلاف فيها اي اختلاف المدعين في الامور

(كتاب أحياء الموات * فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه)

المذكورة نظيره أي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيقدر
بقدرها معارض بأنهم قد استووا في إثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد
توجب المساواة في الاستحقاق واجب بان إثبات اليد على الماء إنما هو بالانتفاع بالماء ومن له
عشر قطاع لا يكون انتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في إثبات اليد وقوله
لم يكن له ذلك أي لم يكن لصاحب الأعلى السكر لما فيه أي في السكر ابطال حق الباقيين
ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر وقوله إلا أنه إذا تمكن من ذلك يعني إذا اصطاحرا
على السكر ليس لمن يسكران يسكر بما ينكس به النهر كالطين ونحوه إذا أمكنه أن يسكر بلوح
أو باب خشب لكونه اضرا رايهم يمنع ما فضل عن السكر عنهم إلا إذا رضوا بذلك فإن
لم يمكن لواحد منهم الشرب إلا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ أهل الأسفل حتى
يروا ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا الآن في السكر أحداث شيء في وسط النهر
المشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يروا
فكان لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه
أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يروا الآن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى
من السكر وعليهم اطاعته في ذلك ومن لم يملك طاعته فهو أميرك وقوله والدالية والسانية
نظير الرحي الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها *
والسانية البعير الذي يسقى عليه من البير * والجسراسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا
من الخشب والألواح * والقنطرة مما يتخذ من الحجر والأجر يكون موضوعا لا يرفع وكل
ذلك يحدثه من يتخذ في ملك مشترك فلا يملك الأبرضا هم سواء كان منهم أو من
غيرهم وقوله وكذا إذا كانت القسمة بالكوى الكوة ثقب البيت والجمع كواء بالمدوكوى
متصور ويستعار لمفاتح الماء إلى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع
الكوة وقوله وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه أي من فم

فم النهر وهذا التقدير اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الارواح التي فيها
 المكوة في فم النهر فاراد ان يؤخرها عن صفته النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوطة النهر
 بغير لوح ومعنى قوله يستل كواه اي يجعلها اعدق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يرفعها
 الى وجه الارض وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له
 منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله ساكنها غير ساكن
 هذه الدار لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى
 وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب ما صفة بينهما بان يقول لشريكه اجعل لي نصف الشجر
 ولك نصفه فاذا كان في حصني سددت ما بدالي منها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له
 ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام
 وفي الثانية في بعض المدة وربما يضر ذلك لصاحب السفلى وقوله لانه اعادة لان كل واحد
 منهما معبر لصاحبه نصيبه من الشرب من النهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع
 الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شاء وقوله
 والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في
 املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته وصدقته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا يرى ان
 القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية اخت الميراث
 وقوله بعينه احتراز عن الايصاء ببيع الشرب كما ذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض
 لا يملك بشيء من العقود فاذا اسماء في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا اسماء
 في الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه
 اذا لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله والاصح اشارة
 الى وجود الاختلاف فان العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من
 قال السبيل في ذلك ان يقال للمقومين ان العلماء اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى

(كتاب الاشربة)

هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما يكون من هذا الشرب فينظر بكم يشتري مع الشرب وبكم يشتري بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بشن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف رح ما ذكره في الكتاب وقوله او مخرها ماء قال في الصحاح مخرت الارض اي ارسلت الماء فيها وقوله لانه غير منعديه بلوح الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقى ارضه سقيا يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جارة تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل والله اعلم بالصواب *

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لما سبته لاحياء الموات ومن محاسبته بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السالفة مع احتياجهن الى ذلك اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله لئلا نتقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والدواعي المذكورة موجودة اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما بالنديج الضاري اي لئلا ينقر من الاسلام وسمي هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها **قوله** الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلي واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس قبل يريده مالكا والشافعي رحمهما الله وقوله فيما ذكرناه اشارة الى النبي من ماء العنب وقوله في غيره اي واشتهر في غير النبي من ماء العنب اذا صار

صار مسكراً غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف وقوله ولان حرمة الخمر قطعية يعني
ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النبي من ماء
العنب خمر انطعي باختلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلاف بين العلماء وادنى درجات
الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني وقوله وانما سمي يعني
غير النبي خمر الخمره اي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمر
لمخامرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لا يافي اختصاصه بالنبي من ماء العنب لجواز
ان يكون المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالشراب كالقارورة
مشتق من القرار ولا تستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وانظاره كبيرة وقوله والحديث الاول يريد به
كل مسكر خمر روي عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم احدها قوله عليه السلام لانكاح الابوي وشاهدي عدل * والثاني من مس ذكره
فليتوضأ * والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن
حنبل رحمه الله لكل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله والثاني يريد به الخمر من
ها تين الشجرتين اريد به الحكم يعني اذا اسكر كثيرة كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة
وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق وقوله
وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا يعني وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطا
ايضا وقوله وهذا اي انكار حرمة عينها كفر من المنكر وان كان قائل بالحرمة السكر منه لانه جحود
الكتاب يعني قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم متتهون
وقد ذكرنا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار على احسن ما يكون فليطلب
ثم وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر احاديث
كما يدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر
كنسجاعة على رضي الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى قوله وهذا من خواص

(كتاب الاشربة)

الخمير يعني دواء القليل الى الكثير قال في الميسوط ما من طعام وشراب الا لذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمرفان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعني به ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمير لعينها والسكر من كل شراب. وما كانت حرمتها لعينها الا بصر التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن متلفها لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شرب خيف عليه الشرب وما اذا كانت عند صالح فلا يباح له لانه يخللها وقوله والسابع حرمة الانتفاع بها يريد الندوي بالاحتقان وسقي الدواب والافطار في الاحليل وقوله الا ان حكم القتل قد انتسخ يعني بقوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلثة الحديث وقوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر محمد رح انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب ان لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النبي من ماء العنب وهذا ليس بنبي وقوله والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفًا على قوله الباقي اي يسمى العصير اذا هب اقل من ثلثيه الباقي ويسمى المنصف ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير اذا هب اقل من ثلثيه وتقيع التمر وتقيع الزبيب فلو كان الباقي غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله وهو النبي من ماء التمر اي الرطب انما يفسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما سيجي وقوله فهو حرام مكروه ارف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غير هالا يكفر وقوله ويدل عليه ما روينا من قبل يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين و اشار

و اشار الى الكرمه والنخله وقوله والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة لانها
 مكينة وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير ان يكون المراد بالآية الامتان كما قال الخصم
 وقيل اراد به التوبيخ معناه انتم لسفاهتكم تتخذون منه سكر احرأ ما وتدعونه رزقا حسنا وقوله وقد
 بينا المعنى من قبل بربده قوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب الى آخره وقوله غير ان عنده يعنى عند
 ابي حنيفة رحمه الله تجب قيمتها لامثلها كما اذا اتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف
 ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام * واورد رواية الجامع الصغير وهي قوله وما سوى
 ذلك من الاشربة اي ما سوى المذكور وهو الخمر والمسكر وتبيع الزبيب والطلاء وهو الباذق
 والمنصف لبيان ان العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره وقوله وقال فيه يعنى
 في الجامع الصغير **قوله** ولا باس بالخليطين الخليفة ماء التمر والزبيب اذا خلطا فطبخ
 بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان ينمل ويشد * والعجوة التمر الذي يغيب فيه الضرس
 لجودته وقوله محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء يعنى ان النهي عن الجمع
 بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة في امر الطعام
 لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جارة جائعا بل يأكل احدهما ويؤثر بالآخر على جارة
 ثم لما وسع الله على عباده النعم اباح الجمع بين النعمتين وقوله قيل لا يحد هو قول الفقيه
 ابي جعفر رح وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو
 الى كثيرة * قيل ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام
 الخمر من هاتين الشجرتين يعنى ان هذه الانبذة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر
 وقيل اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبس الرماك وباقي كلامه واضح
 وقوله وعن محمد رح مثل قولهما اي مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله المذكور
 في النوادر ولنا اي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد رح وفي بعض النسخ ولهما اي
 لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقوله ولان المفسد اي للعقل هو القدرح المسكر وهو

(كتاب الاشربة)

حرام خمر الزمان قبله فان قيل الندح الاخير ليس بمسكر على انفراد بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكم الاولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام هو المسكر والا لانه على ما تقدم مجاز وعلى الندح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مراد او قوله وانما يحرم القليل منه اي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريرة على هذا الوجه وهو ان يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر كذلك ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا وهذا واضح ووجه الجواب على الاول ان القياس ذلك ولكن تركاه لان الخمر لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطي القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على الندح الاخير وقوله والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه ابو يوسف ويعقوب لان ابا يوسف رحمه كثير اما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بُخْتَجَا وحُمَيْدِيا لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط لا باحته عندهما بعد ما صب الماء فيه ادنى طبخة اختلف المشائخ فيه واختاره المصنف رحمه قوله او يذهب منهما يعني تارة يذهب الماء اولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلونهما معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهب معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياط لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو بالذوق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب اي على القطع والبنات وقوله يكتفى بادن بن طمخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه وهي رواية الحسن عنه وانكرنا المتقدمون من مشائخنا فقد روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف رحمه قال سمعت ابا حنيفة رحمه الله يقول انه لا يحل

لا يحل ما لم يذهب ثلثه بالطبخ وهذا اصح لما ذكره في الكتاب **قوله** ولا باس بالانتباز في الدباء جوزا كثيرا هل العلم الانتباز في الدباء وهو الفرع والحنتم وهو جراح حمر او خضر تحمل فيها الخمر الى المدينة * الواحدة حنتمه والمزفت وهو الطرف المطلي بالزفت وهو القبر والتبر وهو الخشبة المفقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا * وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلاثة ايام فامسكوه ما بدالكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسرکم * وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاسربوا في كل ظرف فان الطرف لا يحل شيئا ولا بحرمة ولكن انما يثبت فيه ان كان فيه خمر ابعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشدد في هذه الظروف اكثر مما تشدد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني ان خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي رحمه الله ان كان التخليل بالقاء شيء فيها كالمح وغيره فهو حرام قولوا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما بقي في الخمر يتنجس بملاقاة الخمر والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس في ما اذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليله على احد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه السلام نعم الادام النحل وهو يتناول المخلل والمخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذية به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسدان لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابرو قوله وكذا الصالح للمصالح يجوز ان يكون معناه المخلل صالح للمصالح والصالح للمصالح مباح اعتبارا بالمخلل بنفسه وبالذباغ وقوله والاقتراب لاعداد الفساد جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لانسلم انه على جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالارافة جائز فبالا لتخليل اولي

(كتاب الاشرية * فصل في طبخ العصير)

لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المال وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة فان قيل
فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن ارفها حين سألته ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام
عنده وبما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يتخذ الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذلك
في ابتداء التحريم فمعالمهم ان يحوموا حول الخمر كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة
مع تربية ثانيا بان الظرف لا يحرم وتوضيحه انه عليه السلام امر بكسر الدنان وشق الزقاق
وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد
به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا آبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي
بن حاتم ما بعدناهم قط فقال عليه السلام اليس كانوا يامرون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال
هوذا كفسر الاتخاذ بالاستعمال * دردي الخمر وغيرها ما يبقى في اسنله ومعناه يحرم
شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تأثيرا في تحسين الشعر وقوله
لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي
ان لم يسكر خلافا للشافعي رحمه الله قال من شرب جزء من الخمر فيجب الحد
ولنا الى آخره واضح والله اعلم بالصواب *

فصل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمير الحقة بالاشربة تعليمه للابقاء على حله الدورق
مكيال للشراب وهو عجمي **قوله** وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثا قال
في النهاية كان محمدا رحمه الله علم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء
اولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متما كان
اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان فانه يطبخ حتى يبقى ثلث
الكل وقوله فتى الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة

(كتاب الاشربة * فصل في طبخ العصير)

الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلثة اسهم لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق عصير على ثلثة لاحتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولاً فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كأن لم يكن لانه ماء بقي العصير لا غير وهو ثلثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثة فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعنى الذي يذهب الماء والعصير معا يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما صب الماء في العصير بعد ما صار مثلثا سواء وقوله يحل لانه اثر النار مثاله لو طبخ عصير احتى ذهب ثلثة اخماسه وبقي خمسه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه اثر تلك النار فهو ما لو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما يرد قبل ان يصير مثلثا ثم على واشتد حتى ذهب في الغليان منه شيء فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله بيانه عشرة ارطال عصير الى قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وهذا لان الرطل اذا ذهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة ارطال فعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل اذا ذهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلثة ارطال فهذا في المعنى ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسع ارطال وقوله ولها طريق آخر قيل هو ان يجعل اذا ذهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليد ذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة ارطال والحلال

(كتاب الصيد)

منها ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلثة فهو من الحلال
والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال او بالحرام فكان الذاهب منهما على
السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثا رطلان وتسع ارطال ولو
رُمّت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لا تحتاجك الى حساب له ثلث وثلثه ثلث
وهو تسعة فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقدا ريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون
وهو رطلان وتسع ارطال والله اعلم بالصواب *

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما
يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب
وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد تكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلالة وقد يكون
التفرج * والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما ان يكون
محرم او لا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم او لا فان اصطاد فيه
فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا * خمسة في الصائد وهو ان يكون
من اهل الذكاة * وان يوجد منه الارسال * وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده *
وان لا يترك التسمية عامدا * وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر * وخمسة
في الكلب * ان يكون معلما * وان يذهب على سنن الارسال * وان لا يشاركه في الاخذ مما لا يحل
صيدا * وان يقتله جرحا * وان لا يأكل منه * وخمسة في الصيد * ان لا يكون من الحشرات *
وان لا يكون من بنات الماء الا السمك * وان يمنع نفسه بجناحية او قوائم * وان لا يكون
متقوتا بانياه او بمخلبه * وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا
الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه

(كتاب الصيد * فصل في الجوارح)

بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمض بهذا الكنة ذبحه فانه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فان ادنى مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظرا لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد البحر كان انسب واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم علي ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجبا عا وقوله ولانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاكتساب استدلال بالمعقول *

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد والمفاضل تقدم على المفضل **قوله** ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم بجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل احد فلم يستثنه والباقي ان امكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من ما دت هما انهما اذا امساك صيدا الاياكلانه في الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل وترك الاكل منهما لا يعلم انه كان عادة او تعلموا لان التعليم لان يمسك للغير والاسد لعلو همته لا يفعل والدب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف رح والحق بعضهم لحداءة بالدب لمعنى الخساسته وانما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الانبات لا غير ورواية الجامع الصغير على الانبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بالماذكور قوله تعالى وما علمتهم من الجوارح مكبلين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات

وان احكمنا انه يسكه على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله في ظاهر الرواية
يريد به رواية الزيارات فانه قال لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يحل
واشار في الاصل الى انه يحل والقنوى على ظاهر الرواية وقوله في تأويل يعني في
تأويل غير ما اولناه اولاهو قوله والجوارح الكواسب في تأويل وذلك ما يكون جارحا
حقيقة بناه ومخلبه فيحمل على الجراح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين
لعدم الثاني بينهما وذلك لان الاصل ان النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني فان كان بينها
تناف يحل على احدهما دليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينها تناف يثبت الجميع
اخذاً بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد
به الحمل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لانتافي بينهما وفيه نظر لان الجرح اما
ان يكون مشتركاً بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما
مجازاً في الآخر والمشارك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف
قوله ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي وقوله وفيه اي
في الجراح الكاسب اخذ باليقين وقوله رجوعاً الى التأويل الاول يعني ماسبق من الكواسب
وقوله وجوابه ما قلنا يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك
والشافعي رحمهما الله في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي
رضي الله عنه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه انه عليه الصلوة والسلام قال له
في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض
قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يأكل منه وحين اكل منه
دل على انه امسك على نفسه ويؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان اكل منه
فلان كل فانما امسك على نفسه وقوله على اختلاف الروايات كما بينها ابتداء اراد
ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثاً الى آخره وقوله واما الصيد التي اخذها من قبل

(كتاب الصيد * فصل في الجوارح)

واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل ان ابا حنيفة رحمه الله يحكم بجهله مستندا
وهما يتولان بالاقتضار على ما اكل لان ما حرز المالك قد حكم باباحته بالاجتهاد وقد
حصل المقصود به وهو الا حراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده والى جواب ما قال وتبدل
الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر
كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال ابو حنيفة رحمه الله اقرب الى الاحتياط وعليه
مبنى التحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيئا من صبودة المقددة والحكم فيه كالتي فيه
الخلافا اذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب وقوله ولوان صقر افر من
صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يؤكل واما قبل الرجوع اليه
فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتهاء الارسال * ومسئلة الوثبة في الكتاب معلومة وطوبى
بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعدما قتل فان الصيد كما اخرج
عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل
حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة
صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه **قوله** وان ادرك المرسل
الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا يخلوا اما ان تمكن
من ذبحه او لا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كان الحيوة
فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذلك حكم البازي والسهم
وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل
ولم يثبت قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه
لعدم الآلة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح او لا
فان كان لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يؤكل
وهو قول الشافعي رحمه الله لم يقدّر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذا فرض انه

انه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يتدبر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه
 ان لم يتدبر حقيقة فقد قدر اعتبار الاله ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح
 اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون
 فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من
 لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادبر على ما ذكرناه
 من ثبوت اليد على المذبح وان لم يكن الحيوة فيه فوق ما تكون في المذبح بل كانت
 بمقدار ما تكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء
 وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح
 فلم تثبت يده على المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت
 الحيوة فيه فوق ما تكون في المذبح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه
 مفطر وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد ابن
 مقاتل رحمهم الله قالوا لم يتدبر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو
 حي حقيقة وحكما فلم يبق صيد ابطال حكم ذكاة الاضطراب ان قيل وضع المسئلة فيما يكون
 الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان
 المقدار الذي يكون في المذبح بمنزلة عدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك
 قد لا يسع الذبح فيه فكان عدم التمكن متصورا وهذا اي ما ذكرنا من اقامه ثبوت اليد مقام
 التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما اما اذا شق الكلب المعلم
 بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يذكه حل لان ما بقي اضطراب المذبح
 فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل وهو قول ابي بكر الرازي هذا قولهما
 اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة
 الاختيار را الى المتردية اي اعتبارها هذا الذي ذكرناه انه لا يؤكل عنده اذا شق بطنه واخرج

(كتاب الصيد * فصل في الجوارح)

ما فيه اذا ترك التذكية فاما اذا اذناه فقد حل اكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والطبيعة
والموقوفة والذي بقراي شق الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة اذا ذبح حل عنده
وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلق من غير فصل وعند ابي يوسف ربح
لا بد من حيوة بينة وهي ان يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل اكله
لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رحمه الله لا بد من حيوة بينة وهي ان يكون بحيث
يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة
على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقبل الى قوله لان ما بقي اضطراب
المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم يأخذه يريد ان المسائل المتقدمه كانت فيما اخذه
الصيد وهما ادركه ولم يأخذه وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا وقوله
واذا ارسل كلبه على صيد يعني صيدا معينا فأخذ غيره حل يعني مادام في وجه ارساله
وقوله ولنا انه اي شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة
الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متغذرا لا يتقدر الصائد
او الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتبار
وقوله على ما بيناه يعني في اوائل كتاب الذبائح حيث قال يشترط عند الارسال والرمي وقوله
ولهذا يشترط التسميته عنده اي عند الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص وهو
قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام والحلال الا وقد غلب الحرام الحلال * وهم ثلثة
فصول * احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما روينا *
والثاني ما اشترك فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل ارجح لان المعلم
تفرد بالجرح * والثالث ما لم يشترك في شيء ولكن الثاني اشتد اي حمل على الاول حتى
اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد وانما اثر
في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبع لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى

الى التبع **قوله** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي الاصل في هذا ان الفعل يرفع
 بالاقوى والمساوي دون الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله
 لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالحرم اذا زجر كلب
 حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه
 الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا ارسله مجوسي فزجره
 مسلم فان زجره لم يؤكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم يثبت به اي بالزجر
 شبهة الحرمة يعني في الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتاً لغلبة الحرمة على الحل دائماً
 فالولى ان لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانقلاط يعني من حيث
 ان كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه وان كان دونه يعني
 ان الانزجار ان كان دون الانقلاط من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل الملكلف
 فاستويا فصلح الزجرنا سخاو هو متأخر فيجعل ناسخا وقوله وقذه اي جرحه جراحة ائخنه وقوله
 لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة
 الثانية التي قتل الكلب بها الصيدا ما حصلت بعد الاثخان الذي اخرجه من الصيدية فكان
 الواجب ان لا يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالد واجن فيحل بالذبح لا بضرب
 الكلب * وجوابه انه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفو وقوله بجرح الكلب الاول يعني انه لا يؤكل
 لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد بالذبح في المذبح لا بجرح الكلب
 فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة *

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت
 الخفي ومن سمع حساً نظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه او يازيه فاصاب صيداً طيئاً مثلاً

(كتاب الصيد * فصل في الرمي)

فان تبين ان المسموع حسه آدمي او بقرا وشاة لم يحل للطبي المصاب مثلاً في قولهم جميعاً لانه
ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كأنه رمى الى آدمي عالماً به فاصاب
صيداً فانه لا يوكل وان تبين ان المسموع حسه صيد حل المصاب اي صيد كان المسموع
حسه يعني سواء كان مأكول اللحم او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رخص
ان المسموع حسه اذا ظهر خنزير الم يحل اكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم الا يرى انه
لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع لانه اي الاصطياد يؤثر في جلدها وزفر رخص
منها اي من جملة المسموع حسه ما لا يؤكل لحمة لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو
والآدمي سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بما يؤكل وما هو كذلك فالماكول
وغيره بالنسبة اليه سواء فاذ قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطياداً او الاصطياد فعل مباح
في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيراً لم تثبت
الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطياداً مباحاً واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله ثبتت
اباحة تناوله كغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله ثبتت اباحة جلده
ثبتت ان فعله وقع اصطياداً او اباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك
واذا وقع اصطياداً صار كأنه رمى الى صيد فاصاب غيره وقوله وان تبين انه حس آدمي قد منا آتفاً
وقوله لان الفعل ليس باصطياد اذا الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالآدمي
الذي يأوى البيوت اهلي والطبي الموثق اي المشدود بالوثاق بمنزلة اي بمنزلة الآدمي
لما بينا ان الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميته يعتبر فيه الاصل وعلى
هذا تخرج المسئلان المذكورتان في الكتاب وقوله وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما
يشير الى كون ما تبين حسه من الصيد من شرطه ان يكون حل اكله مشروطاً بالذبح حتى
لو سمع حساً فظنه صيداً فرماه فاصاب طيئاً ثم تبين ان المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد
ولو سمع حساً فظنه آدمياً ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع

مع تعيينه أي تعين كونه صيدا فإن قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي
 أن من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي
 لا يحل المصايب مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي
 ليس باصطياد وقد حل المصايب والقياس أما شمول الحلال أو شمول عدمه وانعكاس الجواب
 في المسئلتين وذلك لأنه لما حل المصايب مع اقتران ظنه بأنه آدمي فنعما إذا اقترن ظنه بأنه صيد
 أولى أولانه لم يقع فعله اصطياذا نظرا إلى قصده فلا يحل المصايب ههنا كما لم يحل ثم أولم يحل ههنا
 نظرا إلى قصده وحل هناك لذلك وأجيب بالفرق بما أشار إليه بقوله لأنه لا معتبر بظنه
 مع تعيينه أي تعين كونه صيدا * وبيانه أن في المسئلة الأولى أصاب سهمه غير المسموع حسه
 وكان قصده إلى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها إلى غير الصيد
 نظرا إلى فعله الذي توجه إلى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطياذا وحل
 الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لأن عدم فعل الاصطياد وأما ههنا فسيهمه
 أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته
 فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياذ بحقيقته
 والظن إذا وقع مخالفا للحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل أكل المصايب لوجود فعل الاصطياد
 وقوله على ما يبيانه يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية إلى آخره
 وقوله فتحمّل التحامل في المشي أن يتكلفه على مشقة وعباء يقال تحاملت في المشي وقوله
 حتى أصابه ميتا أكل قبل إذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غير وأما إذا وجده وفيه جراحة أخرى
 فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما سيجيء لأنه ظهر ملوته سببان أحدهما
 بوجوب الحلال والآخر بوجوب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة * وقال الشافعي رح يؤكل
 لأنه ظهر ملوته سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به
 عليه كما لو جرح إنسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا فلما وجد فيه جرح

(كتاب الصيد * فصل في الرمي)

غيره كان القتل منه موهوماً والموهوم في هذا كما لم يتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قاله حين اهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من اين لك هذا قال كنت رمية بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه من رافعي وهو الرمح الصغير فقال صلى الله عليه وسلم لا ادري لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا تعد عن طلبه ثم وجدته ميتا وقوله ولان احتمال الموت دليل معقول على ذلك فان قبل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا استطنا اعتبارا ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطلاح لا يعرئ عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا تعد عن طلبه لا مكان الاحتراز عن تواريكون بسبب عمله وقوله والذي روينا حجة على مالك رح في قوله ان ما توارى عند اذالم بيت يحل يعني وان رأى فيه اثر سبع * واحتمى على ذلك بانه سمع اهل العلم كذلك وكأنه بنى الامر على الغالب لانه اذا بات عنه فقد تعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما روينا حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي فان قيل ان كان ما روي عنه عليه السلام من كراهة اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته فانه عليه افضل الصلوة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر واحتمال قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة قد مناه والخلاف فيه وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يتبع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما اذالم يتعد عن الطلب **قوله** واذا رمى صيدا فوق في الماء كلامه واضح وهرق المعنى متبدان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سياتي **قوله** وكذا السقوط من حل وفي بعض النسخ من طرو هو غنة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا

(كتاب الصيد * فصل في الرمي)

ومكسورا وقوله وان وقع على الارض ابتداء اكل يعني ان الم يكن على الارض ما يقتله
 كحد الرمح والقصة المنصوبة على ما سمجي وقوله وذكر في المنتقى يريد بيان ما وقع
 من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله او صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى
 وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها
 على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه
 حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجرة
 الا ما يصبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه
 وفي الجيلة فليس في المسئلة روايتان وهذا اي ما فعله شمس الائمة اصح لان المذكور
 في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق
 بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض اكل وقد ذكر انه
 في منعه وقوله كما اذا وقع اي غير المائي في الماء وقوله وما اصاب المعراض بعرضه المعراض
 اسم سهم لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحدته والبندق طينة مدورة يرمى بها وقوله
 اذا لم يخزق بالزاي المعجمة خزق المعراض اي نفذ وبإبراء المهمله خطأ قوله وكذلك ان جرحه
 يعني اذا رماه بحجر فجرحه فان كان ثقيلًا وبه حدة فالوا لا يؤكل لاحتمال ان قتله بثقله
 وان كان خفيفًا وبه حدة اكل والمروءة حجر ابيض رقيق كالسكين يذبح به * واللهم يستعمل
 عقبيه الا اذا كان المستثنى عزيزا نادرا اذا ناله بلوغ في الندرة حد الشذوذ وقوله قيل
 لا يحل هو قول ابي القاسم الصفار ووجهه ان الدم النجس لم يسلم فلا يكون بمعنى الذبح
 وقيل يحل وهو قول ابي بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبنة واللحمين والدم قد يحتبس
 لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار
 فانه شرط سيلان الدم **قوله** وان رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا
 ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجدوا لا يؤكل العضوان امكن حياته بعد الابانة وان

(كتاب الصيد * فصل في الرمي)

لم يمكن اكلا وقال الشافعي رح وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكلا لانه
مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا بين الرأس
بذكاة الاختيار وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس في ذكاة
الاختيار والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكاة الاضطرار ولما قوله
صلى الله عليه وسلم ما بين من الحي فهو ميت ووجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا
والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة
يعني ايبين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلتقيام الحيوة به واما حكما فلانه يتوهم حياته
بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي ولكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه
حيوة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز ان يكون موته بوقوعه في الماء وقوله ايبين بالذكاة ذكرة
ليجيب عنه بقوله فلنا وتقريره سلمنا ان ما ايبين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة ههنا لان هذا
العمل وهو ابانة العضو حال وقوعه لبس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن
الحيوة بعده اذ الفرض ذلك والجرح يعتبر ذكاة اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن
الحيوة بعده ولهذا الوجود وفيه من الحيوة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال
الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيرة
في موته لغند الحيوة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكاة للمبان بتبعية الاكر اذا مات من ذلك
التطع اجاب بقوله ولا تبعية يعني الاقل يتبع الاكثر اذ الم ينفصل عنه وههنا قد انفصل
فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله والاكثر مما يلي العجز احتراز
عما اذا كان الاكثر مما يلي الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الوداج من القلب
الى الدماغ فان ابان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الوداج وانما
وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك واما اذا ابان الثلث مما يلي الرأس فقد وقع الذكاة
بتقطع الوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقي ظاهر قوله ولا يؤكل صيد المجوسي

لمجوسي منها ما تقدم ان غير اهل الكتاب من الكفار لبس باهل للذكاة الاختيارية ولا بد
 منها في اباحة الصيد **قوله** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا
 فذاك ينقسم الى قسمين * اما ان رميا معا او متعاقبا والاو على اوجه فانه اذا رمياه معا فاما
 ان يصيبا معا او يصيب احدهما والا فان اصاب فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني او الاول والثاني
 كذلك فانه اما ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول او بعدها فان كان الثاني فاما ان يثخنه
 الاول او لم يثخنه والاو بوجهه والوجه الاول من الثاني غير مذكور في الكتاب وانا ذكر ذلك
 تكملة للافادة فان رميا معا و اصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل لان كل واحد منهما
 رمى الى الصيد مباح فيحمل تناوله اعتبار ابحالة الرمي فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل
 كل واحد منهما ذكاة واصابت الرميان معا فتستوي في السببية وذلك يوجب المساواة
 في الملك وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما ولا فائضه اي ضعفه واخرجه عن حيز الامتناع
 ثم اصاب سهم الآخر فقتله فهو الاول وحل اكله عندنا خلافا لفررح وهو يعتبر حالة الاتصال
 والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال
 لان الاصابة بالحمل نتيجة ولهذا يعتبر التسمية حالة الارسال والارسال قد حصل منهما
 والمحمل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر الملك حالة الاتصال لان الملك ينصل بالحمل وسهم
 الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني وهو ظاهر
 وان رماه الثاني بعدما رماه الاول قبل ان يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثاني فحكمه
 حكم ما لو رمياه معا هولهما وحل اكله واما المذكور في الكتاب فقد امعن المصنف رح
 في بيانه ونشير الى بعض العاظه ان خفي فقوله هذا اشارة الى قوله ولم يؤكل وقوله وان علم
 ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات الى آخره بيان لحكم
 الضمان ولم يذكر حكم الحمل وحكمه انه لم يؤكل لان احدي الرمييتين تعلق بها الحظر
 والاخرى تعلق بها الا باحة وانما لم يذكره لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورة

(كتاب الرهن)

الجهالة وهي ان لا يدري ان الموت حصل بايهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما * قيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماة الاول ثانيا يعني ان ما تقدم كان فيما اذا كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وهذا فيما اذا رماة الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة الى آخره يعني لافي حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي الى آخره واضح والله اعلم بالصواب *

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازته وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكورة في الكتاب وسند ذكره شيئا فشيئا فاما تفسيره فما ذكره الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاءه اي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون كالديون وهو احتراز عن ارتياف الخمر وعن الرهن عن الحدود والنصاص * واما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد جمع عبد وبما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه بدرعه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازته من غير تكبر * وبالمعقول وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وتقريره ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التي تختص بالمال بل بالطريق الاولى لان الاستيفاء هو الملتصود والوجوب وسيلة اليه **قوله** الرهن ينقذ بالايجاب والقبول

والقبول ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه
والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة
المشائخ وقالوا اراد به شيخ الاسلام خواهر زادة الركن الايجاب بمجرد انه عقد تبرع
وكل ما هو كذلك يتم بالمتمتع فالرهن يتم بالمتمتع اما انه عقد تبرع فلان الراهن
لم يستوجب بازاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه ولا نفي بالتبرع الا ذلك واما
ان كل ما هو كذلك يتم بالمتمتع فكاهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صبر ورته
مستوفيا لانه عند الهلاك والجواب ان المراد بالايجاب ما يكون ابتداء والرهن
ليس كذلك **قوله** والقبض شرط الزوم كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون
الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة
الكتب قال محمد رح لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن
غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال
الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد رحمهم الله
لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك رح يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال
من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من
قوله تعالى فها ان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف العاء في محل الجزاء يراد به الامر
كما في قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام آخر ابي فليصم وكما
في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبته مومنة اي فليحرق فيكون تقديرة والله اعلم
وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فارهنا او ارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك
حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب ان يعمل
في شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب
اي يعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المائنة في اموال

الربوا فكذا هذا وفيه بحث من أوجه * الأول ما قيل ان المصنف رح جعل الرهان مصدرا وهو
 جمع رهن * والثاني انه يجوز ان يكون الامر للاباحة بقربة الاجماع فينصرف الى
 الرهن لا الى القبض * والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز والضرورة وسلم
 ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل * والرابع ان الآية متروكة الظاهر لان ظاهرها
 يدل على ان الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد يترك
 ذلك ومتروكة الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقتضي منه العجب
 لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمع كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي
 كما في سهل مغم * وعن الثاني ان الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح
 قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقربة والاجماع لم يكن حال استعمال
 هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فنصرف الى القبض * وعن الثالث ان الدليل
 لا لزوم مال كرح حيث لا يجعله شرطا للزوم ولا الجواز وذلك لان الله تعالى وصف الرهن
 بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والنراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في
 الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح * اما لان ذلك مذهب الجمهور
 من اصحابنا فيجوز ان يكون المصنف رح قد اختاره * واما لان عدم الصحة انما يكون اذا
 لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا ان الوجوب انصرف اليها * وعن الرابع باننا لانسلم
 ان متروكة الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المأولة ومتروكة الظاهر وهي عامة الدلائل
 هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم وقوله ولانه عقد تبرع دليل معقول على اشتراط
 القبض وهو واضح وقوله ثم يكتفى به بالتخلية يريد بها رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح
 وقوله لانه اي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداء لانه لم يكن مضمونا على الراهن
 قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية
 كما في الغصب فان المصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر

وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان مضافة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمستقى والمحيط وغيرهما بخلاف الشراء جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن والتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء **قوله** والاول اي وجه الظاهر اصح لان الرهن توثيق لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يخلي الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذ الحقيقة اقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يتبين **قوله** فاذا قبضه المرتهن قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص معني بشانه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا مميذا فيجب ذلك وقوله محوزا احتراز عن رهن النمر على رؤس النخيل دونها وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا ان اللزوم والجواز بالقبض اذ المتصور وهو الاستيفاء لا يحصل قبله اي قبل القبض فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي رحمه الله هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها اي هذه الالفاظ ثلاثا لصاحبه غنمه اي زوائده وعليه غرمه اي عليه هلاكه قال ومعناه لا يصير اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما تنفق فرس الرهن عنده ذهب حقه وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب

(كتاب الرهن)

حَقَّكَ مِنَ الْأَمْسَاكِ أَوْ مِنَ الْمَطَالِبَةِ بِرَهْنٍ آخِرَ لَانَ الْأَوَّلِ مُشَاهِدَةً فَلَا فَاةَ فِي الْأَخْبَارِ عَنْهُ
وَالثَّانِي لَيْسَ بِحَقٍّ لَهُ وَلَا نَهْ ذَكَرَ الْحَقَّ فِي أَوَّلِ الْحَدِيثِ مُنْكَرًا أَنَّ رَجُلًا رَهْنًا فَرَسًا عِنْدَ رَجُلٍ
بِحَقٍّ لَهُ عَلَيْهِ فَتَفَقَّ الْفَرَسُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ فَاخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ لِلْمُرْتَهِنِ
ذَهَبَ حَقُّكَ فَذَكَرَ الْحَقَّ مُنْكَرًا مَعْرَافِي مِثْلَ ذَلِكَ يَكُونُ الثَّانِي عَيْنَ الْأَوَّلِ كَذَا فِي النِّهَايَةِ
وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا كَلَامُ الرَّائِي وَالْآخَرُ كَلَامُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَمِثْلُ ذَلِكَ
لَيْسَ مِنَ الْقَاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْمُنْكَرَ كَانَ وَاقِعًا مِنَ الْمُرْتَهِنِ فِي حَضْرَةِ النَّبِيِّ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ وَقَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا عَمِيَ الرَّهْنُ فَهُوَ بِمَا فِيهِ
وَعِنَاةٌ عَلَيْهِ مَا قَالُوا إِذَا اشْتَبَهَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ بَعْدَ مَا هَلَكَ يَعْنِي إِذَا قَالَ الرَّاهِنُ لَا أَدْرِي
كَمْ كَانَ قِيمَتُهُ وَالْمُرْتَهِنُ كَذَلِكَ قَالَ يَكُونُ الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ حَكْمِي هَذَا التَّأْوِيلُ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ
وَقَوْلُهُ مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي كَيْفِيَّتِهِ يَعْنِي أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ لَكِنِّهِمْ اخْتَلَفُوا
فِي كَيْفِيَّتِهِ رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقِيمَةِ وَرَوَى عَنْ عُمَرَ وَابْنِ
مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُمَا قَالَا الرَّهْنُ مَضْمُونٌ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيمَتِهِ وَمِنْ الدِّينِ وَهَكَذَا رَوَى عَنْ
عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالَّذِينَ
فَاخْتَلَفُوا فِيهِمْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ أَجْمَاعٌ مِنْهُمْ عَلَى أَنَّهُ مَضْمُونٌ فَالْقَوْلُ بِكَوْنِهِ أَمَانَةً خَرَقَ لِلْأَجْمَاعِ
وَالْمُرَادُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا يَغْلِقُ الرَّهْنُ عَلَى مَا قَالُوا الْإِحْتِبَاسَ الْكَلِمَةَ بِأَنْ يَصِيرَ مَمْلُوكًا كَذَا ذَكَرَهُ
الْكُرخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَنِ السَّلَفِ كُطَّاءُ وَابْرَاهِيمُ وَغَيْرُهُمَا وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ
فِيمَا يَرَى أَنَّ بَرَهْنَ الرَّجُلِ الرَّهْنَ بِالشَّيْءِ وَفِي الرَّهْنِ فَضْلُ عِمَارَةٍ بِهِ يَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ أَنَّ
جُنَّتْ بِحَقِّكَ إِلَيَّ أَجَلَ يَسْمِيهِ لَهُ وَالْأَقْلَ الرَّهْنَ لَكَ بِمَا فِيهِ فَهَذَا لَا يَصِحُّ وَلَا يَحِلُّ وَهَذَا الَّذِي يَنْهَى
عَنْهُ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُكَ بِمَا فِيهِ بَعْدَ الْأَجْلِ فَهُوَ لَهُ وَقَوْلُهُ لَهُ غُصْمُهُ وَعَلَيْهِ غَرَمُهُ قَالَ الطَّحَاوِيُّ فِي شَرْحِ
لَا تَارِذِهِمْ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ يَعْنِي أَبَا حَنِيفَةَ وَأَبَا يُونُسَ وَمُحَمَّدَ أَرْحَمَهُمُ اللَّهُ
إِلَى أَنَّ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ إِذَا بَاعَ الرَّهْنَ بَثْمَنَ فِيهِ تَقَصَّ عَنْ الدِّينِ غَرَمَ الرَّاهِنِ ذَلِكَ النِّقْصَ وَأَنَّ

وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب * وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة ينبي عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير * شعر * وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا * اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لامن لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وتأبد بنقي الفكاك دل انه ينبي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنقي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب ثبوت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبثعا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضي للعدول عنه ولتكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه اي الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى اداء الحق لان الراهن يخشى ان جحد الدين ان يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون اكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر او لضجرة من المطالبة وهذه ايضا قضية تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس فيضم اليها قوله واذا كان كذلك اي اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر بالهلاك لانتهاء احتمال النقص فلولم يسقط الدين واستوفاه ثانيا دعى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهوربوا بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينقص هذا الاستيفاء اي الذي

(كتاب الرهن)

بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في تنقض الاستيفاء فان الهلاك لم ينعين لتقرير الاستيفاء الا يرى ان المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل يتنقض الاستيفاء به اجيب بان النقض انما يتحقق فيما يمكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربو وهو ان يستوفي رقبة لا بد اجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله والاستيفاء يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما لعين الدين او لبدله لاسبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن يبدل الضرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب اننا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة او المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد موته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله وموجب العقد جواب عما قال الشافعي رح الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزاد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك بضاد ما اقتضاه العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانته حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا لل لوازم الضمنية ونوقض بتنقض اجمالي وهو ان المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المستأجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا

اذا مات الآجر كان المستأجر احق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب
بان يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء هي التي كانت له قبل الفسخ
وانما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالكة فلذلك لم يصر
مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه به دون الغرماء فلانه كان مخصوصا به قبل الفسخ
لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الاجرة وقوله بالحاصل الى آخره
واضح **قوله** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون
وقيل هو احتراز عن دين يجب كمال الرهن بالرهك وهو ضمان الثمن عند استحقاق
المبيع لان حكمه اي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلوا الوجوب واما
صحته بالدين الموعود فيسجي الكلام فيه وقوله ويدخل اي يشكل على هذا اللفظ
الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض
على سوم الشراء وقد بقوله بانفسها احتراز عن غيرها * والحاصل ان الرهن اما ان يكون
بالدين او بالعين والاول صحيح بكل حال * والثاني اما ان يكون بعين مضمون او لا والثاني
غير صحيح كما في الودائع والعواري والمضاربات والشركات * والاول اما ان يكون مضمونا بانفسها
وهو ما يجب عندها كالمثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها وهو
المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن واذ اظهر ذلك فقوله
ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بانفسها فان الرهن بها صحيح
ولادين ثم واجاب المصنف ر ح بقوله ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشائخ
ان الموجب الاصيلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين ولهذا تصح الكفالة بها
اي بالعين المضمون بنفسه وقوله ولئن كان لا تجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك
تجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمة يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون
رهنه بعد وجود سببه جواب عما اختاره بعض آخر من المشائخ * وتقريرة ان سبب وجوبه

(كتاب الرهن)

قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة وأعترض بان صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلي دون الرهن وأجيب بان قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة لا ككفالة ويصح ان يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلا مناهيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين مانحن فيه وقوله ولهذا يجوز ان يكون توضيحا على كل من التخريجين اما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصيل فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلوا حال على الغاصب فهلك المضمون لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصيل لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاكه لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل واما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب الوجوب **قوله** وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري باقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله يتراد ان الفضل يعني ان التراد انما يكون من الجانبين وقوله كما في حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الشيء درهم في كيس وحقه في الف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا وقوله ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها لاننا لم نجعل الزيادة رهونة ادى الى الشيوع او لعدم انتفاكها عنه وقوله ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجيء وقوله والمراد بالتراد فيما روي حال البيع يعني توفيقا بين حديثي علي رضي الله عنه فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن

الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد
 الراهن زيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الحبس من ادب
 القاضي وقوله واذا طلب المرتهن دينه واضح وقوله تحقيقا للتسوية قبل لان الرهن وان كان
 لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء لثمنه فلما بان قبض
 الدين لا يتوقف على احضار الرهن في زمان لم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة
 المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه قوله لانه يتضرر به
 زيادة الضرر ولم يلتزمه بعني المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار
 الهلاك لانه وهو م فلا يظهر في مثابة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل
 الاول وقوله لا طلاق الامر بشير الى انه لو قيد بالتقدي لا يصح بيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة
 له على الاحضار لان الرهن يبيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله كما اذا
 امر المرتهن بعني لا يكلف احضار الرهن لانه اي الرهن صار ديناً بالبيع بامر الراهن فصار كأن الراهن
 رهنه وهودين اي والاحمال ان الرهن دين لانه لما باعه باذنه صار كأنهما تغاسخا للرهن وصار الرهن ثمناً
 بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا يرى انه لو باع الرهن بافل من الدين
 لم يسقط من دين المرتهن شيء فصاركأنه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله
 الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن استثناء من قوله فصاركأن الراهن رهنه وهودين جواباً
 عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن
 في يد عدل لكن له ذلك ووجهه ما ذكرنا له ولا ينافي القبض باعتبار كونه عاقداً والحقوق
 ترجع اليه وقوله وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء نجم قيل هذا اذا
 ادعى البراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه اشار بقوله لاحتمال الهلاك
 وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا اقتبضه وجب احضاره لاستيفاء
 نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن

(كتاب الرهن)

بيعه الى آخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار
بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلة في ثلث
فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة
عن العين فلا بد من احضار كل ما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا
القيمة ههنا كالثمن ثم هي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على التضاء كما كان ثم اجاب
بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى ينتقل اليها الرهنية فيصير كالرهن في يد عدل بخلاف
ما تقدم فان الرهن صار ديناً بفعله فكأماهما تعا سخوا وجعل الثمن رهناً ابتداء كما مر فافترقا
وفي النهاية جعل قوله وهذا بخلاف اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا
اي في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما
نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين
وهو كما يرى منعسف وقوله ما قلنا اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيئاً **قوله** وان كان الرهن في يده اذا
كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه الحبس
الدائم الي ان يقضي الدين على ما يراه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله
فليرهلك اي الرهن قبل الرد استرد الراهن ما قضاة لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطول
بالعرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبداً بالف درهم وقبضه وقيمه مثل الدين ثم رهب المرتهن
المال للراهن او ابراءه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان
عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بتبضه السابق وتقرر بالهلاك فصيرورته
مستوفى فبإهلاك الرهن بعد البراءة بمنزلة استيفائه حقيقة بعد البراءة وفي الاستيفاء حقيقة
بعد البراءة يرد المستوفى فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بان الرهن عقد
استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء شيء يتقرر بالهلاك مستنداً الى
وقت القبض فالتضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وما البراءة فليس

فليس فيه استثناء شيء ليجب رده وإنما هو اسقاط واستقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله
على وجه الفسخ احتراز عما إذا رده على وجه العارية فإنه لا يبطل الرهن وقوله لانه
 أي الرهن يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا لا يرى أنه لو رد الرهن سقط الضمان
 فوات القبض وإن كان الدين باقيا وإذا اهرأ عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض
 باقيا لأن العلة إذا كانت ذات وصفين ينعدم الحكم بإعدام أحدهما فإن قيل فينبغي
 أن لا يمتنع مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر
 فكان الكلام متناقضا أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المودعي يوجب
 بقاء الضمان وفيه نظر لأن الاحتمال لا يوجب التحقق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل وقوله
ولو هلك في يده يعني إذا حبسه بعد التناسخ فهلك سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء
 الرهن وقوله وليس للمرتهن معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به **قوله** وللمرتهن
 أن يحفظ الرهن بنفسه كلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة لا يرى أن المرأة
 إذا ارتهنت وسلمت الرهن إلى زوجها لم تضمنه والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته
 إذا ساكن الأب وخرج الأب عن المنزل وترك المنزل للابن لم تضمن واجرة الراعي
 ونفقة الرهن على الراهن فإن أبى فالقاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه فإذا قضى الدين
 فللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وإن هلك الرهن بعد ذلك لاشي على الراهن
 في قول زفر ررح وقال أبو يوسف ررح النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب
 واضح وقوله وكل ما كان لحفظه أولده إلى يد المرتهن كجعل الأبق أولد جزء منه كمد أواة
 الجراح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه قال في شرح الطحاوي ولو شرط
 الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعني بخلاف
 حق المرتهن فإن حقه يتعلق بالرهن من حيث المال لا من حيث العين والعين مقدم على
 المال فذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فإن قيل لما كان العشر متعلقا

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه
عند الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجرا وزرع فيها فأخذ العشر
والاستحقاق في جزء من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق
العشر أجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه اي وجوب العشر لا ينافي ملكه
في جميع ما رهنه الا يرى انه لو باعه جاز ولو ادى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن
في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف
الاستحقاق لان المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراه لانه مشاع وقوله
وما اداة احد هما مما وجب على صاحبه يعني من اجرة وغيره فهو منطوع لانه قضى
دين غيره بغير امره وما اتفق احد هما مما يجب على الآخر فان كان بغير امر القاضي
فكذلك وان كان بامر رجع عليه كأن صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه
بمجرد امر القاضي بالفتنة لا يصير دينا على الراهن مالم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امره
هنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الاتفاق
حسبه ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله وهي فرع مسئلة الحجر فذهب
ابي حنيفة رضي الله عنه ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته و
حضرته وعند ابي حنيفة رحمه الله لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير محجورا
عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة *

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذا التفصيل
انما يكون بعد الاجمال وقوله لا يجوز رهن المشاع رهن المشاع القابل للتقسمة وغيره فاسد

فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن ما لا اولم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة وهي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا نأت الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه ان حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت بد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادرج المصنف رح دليل الشافعي رح بين الوجهين وهو قوله وعندة المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني ان موجب الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بينا يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجرة وكل ذلك اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء لان ما يتعلق بالمحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن عندنا ثبوت بد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن ويفوت في المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخلص الكلام عن التكرار

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتهانه ولا رتهان به وما لا يجوز)

فانه قال احد هما يمتني على حكم الرهن والثاني ان موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا
بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا يقضي اليه اي دوام الحبس من تمام الدليل
يعني ثبت انه لا بد من الدوام ولا يقضي اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس في المشاع
لانه لا بد من المداية فكأنه يقول رهنك يومادون يوم ولا شك في عدم استحقاقه للحبس
سوى يوم يفوت الدوام الواجب تحققه ولهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع يساوي
ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب وقوله ولا يجوز
اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا ما على الوجه الاول فلانه لا يقبل حكمه واما على
الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشروع الطارئ ان يرهن الجميع
ثم تفاسخا في البعض واذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء
الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح **قوله** ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل
هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته فان الاصل الجامع ان اتصال المرهون بغير
المرهون يمنع جواز الرهن لا انتفاء القبض في المرهون وحده لا اختلاطه بغيره قوله وبخلاف
المتاع في الدار يعني اذ رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة
لدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتهى القبض الا يرى انه لو باع الدار بكل قليل
وكثير هونها او منها لم تدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هونها او منها
فانه تدخل الثمار فدخل في الرهن لا اتصالها بها حلقة وقوله ولو استحق بعضه يعني بعض
الرهن بان رهن دارا وارضافا استحق بعضها فانما ان يكون الباقي غير مشاع بان كان المستحق جزءا
معينا غير شائع او كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن من الابتداء كان ما بقي
وهو غير مشاع فكان جائزا وان كان الثاني لا يصح لانه تبين ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع وقوله
حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر يعني قال المشائخ اذ رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك
في الرهن من غير ذكر تبعه وقوله ولا يصح الرهن بالامانات قد تقدم ذكره وقوله والرهن

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ان يرهنه والارتهان به وما لا يجوز)

والرهن بالدرك باطل قد تقدم غير مرة ان الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وضورة الرهن بذلك ان يبيع شيئاً ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري ان يستحقه احد فياً خذ من البائع رهناً بالثمن لو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع اولا واما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع دركه واولا انه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى القاضي بنقض البيع بينهما واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما ولم يقض وهذا بناء على ان المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البائع او قضاء القاضي لان احتمال اقامة البائع البينة على التناج او التلقي من جهة المستحق قائم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله يهلك امانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله لان الموعود يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتياالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل الموعود في الدرك موجودا لا شراك في الحاجة اجيب بان الموعود يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين والمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء فيعطى له اي للذي قبض بجهة الرهن حكم الرهن حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعده وهذا اذا سوي قيمته ما استقرضه وانما اطلق جريا على ان الظاهر الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتثانه والارتثان به وما لا يجوز)

غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب ان التساوي بين المتبس والمقبض عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لا امانة واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار ان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجودا فيقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي فيضمن المرتثن ما قبض رهنه من الدين الموعود **قوله** او يصح لرهن برأس مال السلم وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح وهذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدال باب الاستبدال فيها مسدود وقلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة عنده كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفته على الراهن والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تملك العين لكونه امانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لا حثابه الى تملك العين ايضا وقوله لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المرتثن انما يصبر قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله لانه بدله اي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له ان يحبس لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

ودناير فرهن بالدناير رهنا ثم ابرأه المرتهن عن الدناير فانه لا يكون رهنا بالدراهم
والجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدناير بخلاف السلم وقوله ولو هلك الرهن اى
لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التقاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم
مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوبا بغيره اى بغير المسلم فيه وهو رأس
المال وقوله هلك بالطعام يشير الى انه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم
ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ رأس المال لان قبض الرهن صارت
ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا
طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترد رأس
المال فكذلك ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا يحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن
لا تبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام
وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم
على المسلم اليه رد الطعام اجمبا بان لا نسلم ان مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية
الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضى الحجر عن التقدير
بغيرها ولما جعل الرهن بالطعام مع علمهما بانه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقدير المالية
بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديره عند هلاكه اشغلت الذمة بالطعام
دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقي القصاص بل
يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقرة لما مر آنفا لانها لا تحتمل
الفسخ وقوله لما يباير يد به قوله لان الثمن بدله وقوله وادى ثمنه لانه يحبس يعني ادى ثمنه
ثم اراد فسخه للمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن عند
المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته **قوله**
ولا يجوز رهن السر والمدبر كلامه واضح وقوله وقيام المانع في الباقي يعني حق الحرية

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

ولهذا لو طرأت هذه التصرفات ابطلته فاذا كانت عقارثة به منعت **قوله** ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لمعنيين * احدهما ما ذكر في الكتاب ان استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن * والثاني ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في التصاص في النفس ومادونه وامالورهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان التبدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانها غير مضمون فانه اذا هلك يتفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويتقضى القاضي بذلك فيقول للمشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون الا يرى انه مالورفع الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر المستأجر بتسليم الاجر وقوله فالرهن مضمون يعني بالافل من قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهنه بدين واجب ظاهرا الا يرى ان البائع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالتاضي يقتضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد المقتول حرو قد هلك الرهن فانه هلك بالافل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله ثم تصادقا ان لادين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا انه قبض بمال مضمون ظاهرا فكان كالدين الثابت حقيقة وعن ابي يوسف رح خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما لما تصادقا ان لادين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله وكذلك اقيامه فيما تقدم من جنسه يعني ان الرواية عن ابي يوسف رح محفوظة في مسئله الصلح عن الانكار والمشائخ قالوا القياس يقتضي ان يكون حكم المسائل الباقية مسئله العبد والخل والشاة كذلك وقوله لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا اشارة الى قوله وهذا انظر

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

انظر في حق المصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع رايهما الولاية في ذلك قوله وعند ابي يوسف روح لا تقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان وبصر للصغير الثمن على المشتري وقوله واذ ارهن الاب متاع ابنه الصغير يريد بيان جواز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو ان يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئا رهنًا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا اذاته وقوله او عبده تاجر لادين عليه قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير ما اذا كان عايد دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب اولى ولورهن من عبده ولادين عليه لم يجوز ذلك لان جعل رهنه من عبده الذي لادين عايد في الموضعين كرهنه من نفسه الا انه لورهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لورهن من نفسه لم يجوز فكذا من عبده وهذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن بصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح والضهير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي وقوله لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا بالقل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء وعند اجنبي وقوله واذ ارهن الاب متاع الصغير يعني سواء كان لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الاب دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله ان يرجع في مال والده لانه مضطرب عليه ما ذكر في الكتاب وقوله لاشتماله على امرين جائزين يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير لادين على نفسه ورهنهما ذلك لادين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الافراد ملك بدينهما لان كل ما جاز

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتبائه والارتبان به وما لا يجوز)

ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جازان يثبت لكل دون العكس وقوله كفعله بنفسه
اي كعمل اليتيم بنفسه وقوله والتحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغاً فـرهن متاعه بنفسه
ثم استعارة من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن
مستوفياً ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفياً لدينه باعتبار يد المديون واذا
لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل
الرهن ويرجع به الوصي على اليتيم لانه انما استعارة لحاجة اليتيم وقوله بضمه لحق
المرتهن يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله
بأخذه بدينه اي يأخذ المرتهن ماضنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستيناف
وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمتعدي بل هو غامل له **قوله** ويجوز رهن
الدراهم والدنانير قد عرفت ان كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز ان يرهن بدين
مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهما فان رهنها بجنسها وهلك
هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة
بجنسها عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولا يضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنها مكانه
واتى برواية الجامع الصغير لاحياناً جها الى تفصيل ذكره وقوله فهو بما فيه يعني فذلك
الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله وقوله في الوجهين يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه
او اكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة رهن
يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم يملكه يعني الراهن
يملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول **قوله** واستيفاء الجيد بالردى جائز قال في النهاية
هكذا وقع في النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفاء الردى بالجيد جائز وانما قلنا ان
هذا اصح لوجهين * احدهما ان الاستدلال بقوله ثماً اذا تجوز بداي في بدل الصرف
والسلم يؤذن ان الاصح ان يقال واستيفاء الردى بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتثانه والارتهان به وما لا يجوز)

٢١١

فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردي لا شبهة لاحد فيه
 فلا يحتاج الى الاستدلال بشي آخر * والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع
 المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن لعشرته قيمة ابريق هي اقل من العشرة لرداءته فكان
 المرتهن مستوفيا للردي بمقابلة جيده واري ان ما في النسخ حق ويغيد ما يرويه صاحب
 النهاية رحمه الله فليأمل وقوله وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لما عرف ان قبض الرهن
 يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد والغرض عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه
 لا بد له من مطالب وهو ما ان يكون الراهن او المرتهن لاسبيل الى الاول لكونه متعنا لطلبه
 ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن
 نقضه تعذر التضمين وقوله وقيل هذه فربعة كذا انما يتصور جعلها فربعة تلك بناء على ما روي
 عيسى ابن ابان ان محمدا رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله في تلك المسئلة واما على
 الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا راح فيها مع ابي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع
 ابي يوسف رحمه الله وقوله والفرق لمحمد راح على تقدير ان تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة
 انه ابي ربح الدين قبض الزبوف ليستوفي دينه من حينها اي ان يكون عينها مقام ماله عليه
 من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه
 من محل آخر فكان قابلا لردة بالضمان واخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل
 ان الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفى
 اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشي عند ابي حنيفة رحمه الله لما كان الجودة
 فكذا في الرهن وعندهما هناك بضمن مثل المستوفى ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة
 حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه المسئلة مبتدأة
 اولي لانه وجددها للمرتهن الرضاء بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك
 يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثم وقوله ولوانكسر الا بريق كان الكلام فيما مر.

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتهانه والا تهان به وما لا يجوز)

من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الا بريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او مع كماله وهو نقصان من جهة الراهن لا وجه الى الاول لانه اي المرتهن يصير قابضاً دينه بالجودة على الافراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الا بريق بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليماً عن العيب وبالا نكسار صار معيباً فيصل اليه حقه ناقصاً اذ لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين ان يفتكه بما فيه اي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف جنسه مصوغاً فيكون رهناً عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ر ح ان شاء افتكه ناقصاً وان شاء جعله بالدين اعتباراً بحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجاباً يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين ولان يفتكه مع النقصان بقي ان يفتكه مجاناً وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالا جماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقته ان يكون مضموناً بالقيمة لغوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضموناً بالدين اخلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكاً للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجباً وصواباً وصحيحاً وما شا كل ذلك وقوله وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدین وقيمته ثمانية لوجود غش فيه يضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه احترازاً عن الربوا اورد يا من جنسه ويكون المضمون رهناً عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما نظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتثانه والارتثان به وما لا يجوز *

وكذا عند محمد رح لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصياغة فيه عند ابي حنيفة رح يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد رح ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكك بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخبر الراهن بين ان يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين ان يسترد بقضاء جميع الدين وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة فخصه المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومنى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان القرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا للحكم الاصل * والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك حاله استيناف فيقف الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونهما على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه * وجه قول ابي يوسف رح ان الضمان والامانة تشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المتالبة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع ثوبا وزنه عشرة وقيمته

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث واحد اربعة عند المقلب بالبحس
ثابت بالنص لا لكونها هدر افي ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن
فامكن اعتبارها ويصير خمسة اسداس الارباق مضمونا لجودته وصنعتة وسدسه امانة
فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة
الاستيفاء عنده ايضا فيضمن قيمة خمسة اسداسه من خلاف جنسه * ووجه قول محمدرح
ان الوزن مضمون والجودة امانة للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا ينفصل عنه وصفة
الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع * واذا ظهر ذلك
فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار
عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار
يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان
في الامانة والرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كماله
لم ينقص منه شيء * واعلم ان الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل
نقصان مقدار الصياغة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار ان الزيادة في المسئلة
مفروضة بذلك **قوله** ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه كلامه واضح وقوله
لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرطان كما كان
بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمعناه وهو الاستيثاق لان
المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفلا غير ملي وليس في ذلك من التوق
شيء فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد وقوله ومن اشترى شيئا بدينه فاعلم ان البيع امسك هذا
الثوب حتى اعطيك الثمن قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب انه وغيره سواء ولو قال امسكه
بثمنك او قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله علم ان مرادة الرهن
لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مرادة الرهن * فصل

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتثانه والارتثان به وما لا يجوز * فصل)

فصل

وجه الفصل كون الرهن متعدد اولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد قوله وصار كالبيع في يد البائع في ان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى يؤدى باقي الثمن فان سمي لكل واحد من اعيان الرهن شيئا كما لو رهن عبدين بالف كل عبد بخمسائة ثم قضاة خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمي له ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله الا ترى توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله ان الصفقة تنفرد في باب الرهن بتفريق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تنفرد فيه بتفريق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تملك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن للحصول المقصود به كما ان بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود فلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم يبين فربما كان احد العبدان اكثر قيمة من الآخر مثل ان يساوي احدهما الف والآخر الفين ورهنهما بثلاثة آلاف احدهما بالف والآخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الف ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة تقضي الى المنازعة فيما

(كتاب الرهن * باب ما يجوز ارتهانه والأرتهان به وما لا يجوز * فصل)

عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجتهالة هناك تفضي الى المنازعة فلماذا
يمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين **قوله** فان رهن عينا واحدة عند رجاين صورة
المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين في الدين او غيره ولا لكون الدينين من جنس
واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الآخر نانبير لان الكل
في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل
هو منقوض بما اذا باع من رجلين او هب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع
والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين
توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيد للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن
ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليهما بحرا للجواز والرهن غير
مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على
الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع منه وهذا
هو الجواب لابي حنيفة رح في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله
فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر يشير الى ان ارتهان كل واحد منهما باق
ماله يصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير
تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصودة من الرهن وهو كونه
وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه
من غير نيابة من صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن ما قضاة الى الاول من الدين
عند الهلاك لكنه يستردة واجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق ماله يصل الرهن
الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الراهن فان فيه وفاء
بدينهما فتبين ان الغايب استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا **قوله** وان رهن رجلان بدين

كتاب الرهن * باب الرهن الذي يوضع على يد عدل

بدين عليهما رجلارهنانهذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجل انه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة واحدة آخر كذلك وهو احد الوجوه فيها * وجملتها ان العبد ما ان يكون في ايديهما ولا في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو ولي به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الان بغيره الآخر بينة انه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب او لا وكلامه فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو ولي وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان * قال محمد ر ح في الاصل وبه اي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما ثم يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين احدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد اشار المصنف ر ح الى هذا في الوجه الاول بقوله لا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الى آخره وباقي كلامه واضح والله اعلم بالصواب *

باب الرهن الذي يوضع على يد عدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يتقو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعة الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن بخلاف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرناشى رحمهما الله قوله واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل كلامه واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوط وشرح الاقطع ابن ابي ليلى بدل مالك وكأنه شك

(كتاب الرهن * باب الرهن الذي يوضع على يد عدل)

في هذه الرواية عن مالك رحمه الله فان القبض ليس بشروط عنده كما مر في اول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عند روايتان وقوله ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالا استحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله ولنا ظاهر وقوله لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالكية والضمان انما يكون من حيث المالكية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالكية على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قبل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث انه امر به وذلك غير صحيح لان الامر انما يصبح اذا قلنا حقا مستحقا للامر وبعد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن ان يمنع منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل ولان تأثير ذلك لانهما الواتفاق على قبض الراهن لم يتم فكذلك الواتفاق على قبض العدل فالجواب انه قابض من حيث امره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن يتقرب به لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقوله لا يقدر ان يجعل القيمة اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكره وقوله وان تعذرا اجتماعهما يرفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو ظاهر ولو فعل ذلك اي لو جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال ان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له اي للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلما اخذها احدهما اجتمع البذل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث

(كتاب الرهن * باب الرهن الذي يوضع على يد عدل)

حيث العين في حق الراهن وبذله من حيث المالة في حق المرتهن وان كان ضمه بالذفع
الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده اخذها اذا ابيع
الدين فكذا اما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد
ذلك على المرتهن ينظر ان كان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد
المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باء الضمان ملكه وتبين انه اعاره واودع
ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا
بان قال هذا رهنيك خذته بحقك واحبس به دينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن
او هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان **قوله** واذا وكل الراهن المرتهن كلامه واضح وقوله
فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضى المرتهن وقوله الا ترى انه اي ان عقد الوكالة
لزادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن وقوله لانه اي عقد الوكالة لازم باصله فكذا
بوصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد اي لان عقد الرهن لا يبطل
بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة واصنافه التي
هي الزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية
وقوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان في يد
المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله والارث يجري فيما له
اي لا فيما عليه الا ترى ان الميث اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميث تضاؤه
وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله اجبر على بيعه يعني يحبس ايا ما حتى يبيعه فان
لم يجد ما حبسه ايا ما ذكر في الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر واما على قول
ابي حنيفة رحمه الله فقد اختلف المشائخ فيه قال بعضهم لا يبيع قيا سا على مال المديون
وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله لما ذكرنا من الوجهين * احدهما انه وصف من
اوصافه * والاخر ان فيه اتواء حقه وقوله قيل لا يجبر اعتبار الوجه الاول ذكر في المبسوط انه

(كتاب الرهن * باب الرهن الذي يوضع على بدعدل)

ظاهر الرواية وقوله ان الجواب في الفصلين اي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك
واحد اي يجبر فيه ما يؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال فيبداذا ابى الوكيل
يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العند ولم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله
فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا واذ انوى كان مال المرتهن
بنصب مال على ما صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله وغرم القائل
قمنه يعني تكون القيمة رهنا مقام العيد المقتول لان المالك وهو المولى يستحق اي هذا الضمان
من حيث انا لية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزداد على دية الحرفا خذ حكم ضمان المال
في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن غيره اي ليس للعدل
ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضا حه شكر الله تعالى سعيه
سوى الفاظ وضائرنوضمها زيادة ايضا ح فتقوله وصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن
الثمن بمقابلة دينه وقوله وان ضمن البائع اي العدل وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اي
على الراهن بشي وقوله فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل وقوله لم يكن راضيا به اي باداء
الثمن الى المرتهن وقوله فله اي للعدل وقوله بطل الاقتضاء اي بطل قبض المرتهن وقوله
وانما اداة اي انما ادى المشتري الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم
وقوله رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن وقوله لان المقبوض سلم له اي لان الثمن
المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء رجع على المرتهن اي وان شاء العدل رجع
على المرتهن بالثمن الذي اداة اليه وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو
دينه على الراهن وقوله ولا يرجع به على المقتضي اي على التابض وقوله فيكون البيع
لحقه فاذا وقع البيع لحقه وسلم له جازان يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا
الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العند حيث فرق
بين الوكالة المشروطة في العند وبين الوكالة التي يعد العقد قال في الوكيل الذي

الذي كانت وكأنه بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهد على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله متعدد في حقه بالتسليم او القرض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكأنه كالمغصب وغاصب الغاصب وقوله ولانه انتقض انتضاؤه اي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله طعن ابي خازم يعني هذا السؤال طعن به ابو خازم بالخاء المعجمة علي محمد بن الحسن وابو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله والغرور بالتسليم كما ذكرناه يعني بقوله لان كل واحد منهما متعدد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اي الى الراهن كأنه وكيل منه اي كأن المرتهن وكيل من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كالانتقال للملك من الوكيل الى الموكل والملك بكل ذلك اي بكل واحد من التسليم والانتقال متأخر عن عقد الرهن اما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فبين انه رهن غير ملكه واما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن فكأنه رهن غير ملكه ولا يشك اذا استحق رأس مال المضاربة فضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه انشأ العقد بعد الرجوع فنقدت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله بخلاف الوجه الاول يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستد الملك اليه ويتبين انه رهن ملك نفسه وقوله وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي قيل مرادة مسألة المضاربة والفرق

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وخبايته على غيره)

بينها وبين مسئلة الرهن وقبل يحتمل ان يكون مالوكان الرهن عبد اذ بق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك والله اعلم *

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره انما يكون بعد كونه رهنا فكان متأخرا طبعاً فخره
وضعا **قوله** واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن او لم يعلم به فقد اختلف
عبارة محمد رحمه الله فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح
انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسده اذا خصم اليه
فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازة وسلمه وذلك لان
من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جاز موقفا كمن اوصى بجميع ماله فتوقف على
اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجازة المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه
راضيا وكذا الوقضاه الراهن دينه فان اجاز ينتقل حقه اليه بدله لما ذكر في الكتاب وقوله
هو الصحيح احتراز عماروي عن ابي يوسف ربح انه اذا شرط عند الاجازة ان يكون الثمن
رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنحو البيع باجازه المرتهن بسبب جديد
فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففي الانقاسح روايتان كما ذكر في الكتاب وقوله وولاية
الفسخ الى القاضي لا اليه اي لا الى المرتهن لان هذا الفسخ قطع المنازعة وهو الى القاضي
وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم وقوله ولو باعه الراهن يعني لو باع
الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والحماية عليه وجنائه على غيره)

الموقوف لا يمنع عن التوقف فلوا جاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول جاز الاول
وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن الا يرى انه قد يرهن لبيع فإيهما اجازة المرتهن
وسلمه اليه نفذ وبأخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق
بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم يصح
هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره
في الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء وتبدل باجازته الى غيره فان كان
البديل عما يتعلق به حقه تعلق به حقه وان كان من غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا
واجازة المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح
تعيينه واذا اجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه
اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها وان كان
فيه بدل لكن ليس عما يتعلق به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين
دون المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول
وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما **قوله** ولو اعتق
الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان او معسرا
وللشافعي رح افعال شمول النذور وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال
حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولئى لانه اسرع نفوذ من العتق حيث جاز من المكاتب دون
العتق ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشتري
قبل القبض او الايق او المغصوب فانها تشترك المرهون في فوات يدا المالك وفي انتفاء
القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضي متحققا والمانع منتهيا ثبت الحكم اما تحقق المقتضي
فلانه تصرف صدر من اهله ولا نزاع فيه مضاف الى محله لانه لا يخفاء في قيام ملك الرقبة
قيام منتزعه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن واما انتفاء المانع فلان عارض الرهن

كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والحجاية عليه وجبايته على غيره

لا ينبي عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يدا الاستيلاء للمرتهن كما هو عندنا وحق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشي من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقذاره بالاعتاق صح وبزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك الشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الأدنى وهويد المرتهن اولى فان قيل ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة اجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه ان حق المرتهن انما يصلح مانعا في البيع والهبة لاعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط لصحة العتقين وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله واعتاق الوارث جواب عما تمسك به الشافعي رح في بعض المواضع وادعى ان اعتاقه لغو وصورته مريض اوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق المرصى له فكذا يجب ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رضى الله عنه واما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال وقوله واذا نفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر وقوله الا اذا كان بخلاف جنس حقه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب السعاية على العبد وقوله نذكره يعني في هذا الباب في مسألة استيلاء الامة المرهونة وقوله وعندهما لتكميله يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا اداها كمل العتق وقوله الارواية عن يوسف رح فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله والمرتهن بنقلب حقه ملكا يعني ان الرهن اذا هلك في يده كان ماله من حيث

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره)

حبث المالبة وباقي كلامه واضح **قوله** ولودبرة الراهن صح تدبيره الراهن اذا بر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحته الاولى واما عنده اي عند الشافعي ر ح فلان لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله واذا صحا يعني التدبير والاستيلاء خرجا الى المدبر وام الولد يعني عندنا واما عنده فلا لان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آتيا وكلامه واضح وقوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما وقوله والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقبده بذلك احتراز عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله كأنها هلكت بأفة سماوية يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن تعليل ذلك قبل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا واجيب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فانت تلك الصلاحية وقد ثبت في انتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم يتغير العين وقد تراجع السعر لان العين النبي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله فان نقصت عن الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله واذا اعار المرتهن الرهن للراهن فيدئسا مح لان الاعارة تملك المانع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعبر اطلق الاعارة وقوله لمنا فاة بين يد العارية ويد الرهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجب وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن وبده اذا كان يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وازلنا الضمان لقوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد ويجوز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح وفي غاية التحقيق

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره)

شكر الله تعالى سعيه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لما فاة بين يد العارية ويد الرهن وقوله
هذا اي ما ذكرنا من اعادة احدهما باذن الآخر اجنيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة
من اجنبي وجملته هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة
فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو المراهن او المرتهن اذا هلك حالة
الاستعمال او اجنيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل مقد
الرهن واما الاجارة فالمستأجر ان كان هو المراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة مالو اعار منه
او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة او اجنيا بمباشرة
احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة للمراهن وولاية القبض للعائد ولا يعود رهننا
الا بالاستيناف واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن او من اجنبي
بمباشرة احدهما باذن الآخر واما من المراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه يعني في صورة العارية
ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للمراهن **قوله** ومن استعار من غيره
ثوبالبرهنة فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقبده بشيء فان كان الاول فمأرهنه المستعير به
من قبل او كثير كان جائزا عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر
باثبات ملك العين واليد جميعا بان استأذن ان يقضي دين عليه بماله فان قبل هذا اعتبار
غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه والجواب ان الانفصال غير
مانع لعدم استلزام احدهما الآخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا
كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزواله كالبائع بشرط الخيار فانه تزول
اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين **قوله**
لان الجهالة فيها لا تنفي الى الممازعة يعني الممازعة المانعة من التسليم والتسليم فانها هي المفسدة
للعقد نصا ركما اذا اعار ثوبا واطلق * وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر او الجنس او المرتهن
او البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره)

بالقدر نفى الزيادة عليه لغوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما يتيسر اذ اؤء ان احتاج
الى فكاه وهو اقل المالمين فالزيادة زيادة ضرور ونفى النقصان لان غرضه ان يستوفي اكثر
المالمين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ماتم الاستيفاء به بالهلاك
ويقوت ذلك اذا رهن بالانفل وكلامه ظاهر وقوله ووجب مثله اي مثل ماتم الاستيفاء به بالهلاك
وهو مقدار الدين المسمى لامثل قيمة الثوب ان كانت اكثر لان الزيادة على قدر الدين
عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله على ما بيناه
يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله افكاه جبرا
عن الراهن قيل معناه من غير رضا وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا
لمافات عن الراهن من القضاء بنفسه وقوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادعى قال
في النهاية ليس بمجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادعى اذا كان ماداة
بقدر القيمة لا ما كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه المعير
بالفين ليس له ان يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر
من ذلك وليس بوارد على المصنف ر ح لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين
وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ولو اختلفا في ذلك اي في كون
الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن
او بعد الافكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبيئة للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل
اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب
بدينه ثم ادعى ما يفسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المصوب
اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله
ولو اختلفا هكذا في نسخة قراءتي على الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية
وغیره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالاول لان في لفظ كما يختلف الغرض

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره)

اذنى الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله في انكار اصله يريد عقد العارية وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد العين يعني ان المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه واضح وقوله في آخره واما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر يعني بتسليم الرهن الى المرتهن سعي في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة ردة الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن اما بعد فكاكه فليس ثم تحصيل مقصود الامر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان ثم الرد الى نائب المعير وهو المستعير نفسه وقد وجدلان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كأنه رد الى صاحبه حكما وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رح هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شيخ الاسلام فهو ان المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق دلت عليه هذه المسئلة **قوله** وجناية الراهن على الرهن مضبوطة ومعناه واضح وعنى باللازم ما لم يقدر على استقاطه بانفراد وبالاحترام هو ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال يعني ان تكون الجناية في النفس ارماد ونها خطأ اما ما يوجب التصاخص فهو معتبر بالاحصاء وقوله واما الوافية يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جنابة الرهن على الراهن هدر لانها جنابة المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه لو وجب عليه شيء اكان واجباله عليه وذلك باطل ونقض بالمغصوب اذا جنى على مالكة المغصوب منه فانها ترجب الضمان واجاب المصنف رح بما في

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره)

في الكتاب بخلاف الجناية الموجهة للقصاص فان المستحق بهادمه والمولى اجنبى عنه
 بوضحه ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجهة للقصاص غير صحيح وبالوجه للمال
 صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلاف ان الجناية حصلت على غير
 مالكه اذا مرتهن غير مالك العين و حصولها على غير المالك يوجب الضمان
 كما اذا حصلت على اجنبى آخر فان قيل ماليته محتسبة بدنه فلا فائدة في ايجاب
 الضمان اجاب بقوله وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان
 يسقط حقه في الدين فان ابقاءه رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له
 غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك
 طلب الجناية ويستبقه رهنا كما كان وقوله فدفعه فيه تاسمح لان المرتهن لا يدفع العبد
 الى نفسه ومخلصه المساكاة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته
 او التغليب سماه دافعا وثاء وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه
 لانها حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او الغداء كالراهن فكان حكم الدفع او الغداء له
 وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله وان كانت القيمة
 اكثر من الدين بان كانت الفين والدين العا والتف منافع المرتهن يقال للراهن اما ان تقضي
 نصف دينه او يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفى المرتهن من ثمنه تمام قيمة
 المنافع فان بقي شيء من الثمن اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عهد نصفه امانة ونصفه
 مضمون وبذل الامانة للراهن وبذل المضمون للمرتهن وان قضى النصف زال الدين وبقي العبد
 رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو اوضح وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون
 الجناية على الراهن والمرتهن هدر لخلاف جنابة الرهن على ابن الراهن والمرتهن لان الاملاك
 بين الاب والابن حقيقة متباينة فصارك لجناية على الاجنبى **قوله** ومن رهن عبدا يساوي انما
 بالى نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)

لوقص به وهو باق على حاله فالرهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن
وقوله حتى لا يزداد على دية الحر نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه
دليل قوله لانه بدل المالمية في حق المستحق وقوله ونقول دليل آخر اى لا يمكن ان يجعل
المرتهن مستوفيا لالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنامكانه لانه
يؤدي الى الربو فيصير مستوفيا للمائة وبقي تسعمائة في العين فاذا اهلك يصير مستوفيا
تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر و اعلم ان صور المسائل ههنا ثلثة تراجع قيمة الرهن
من الف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع و ضمان
قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به وانوال العلماء فيها ايضا ثلثة اما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما
بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة ان الراهن
بالخيار بين ان يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله
كالثانية على ما ذكره وقول زفر رح ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في ان الراهن
يفتكهما بالمائة ويستقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان التسعمائة ساقطة
عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه
هذه الاقوال مذكورة في الكتاب وقوله لحما و دما يعني صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى
فلان القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره حراما من حيث الآدمية دون المالمية الا يرى الى
استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا
ان نقصان السعر عبارة عن فتر رغبات الناس الى آخره وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض
والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبدا ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين
ان يأخذه بكل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغيرا لمبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه
بين ان يأخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه

انه منسوخ يعني بقوله عليه السلام لا يغلُق الرهن ثلثا وثقله ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محال لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حازت نصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثم واذ اقتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت القيمة اكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن يعني اذا كان على المرتهن وقد اداه الرهن وجب له على المرتهن مثل ما اذا ادعى الى ولي الجناية والمدرتهن على الراهن دين فالتقيا فصا فسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعبر الرهن وقوله وحق ولي الجناية بالبحر معطوف على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى لو جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لنقدمه على حق المولى اي لنقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدم ما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه لا يملك التملك وقوله فان تشا بان اخذ الرهن او المرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اخذ الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اخذ ذلك بعد ذكره جنايته ولد الرهن وقوله لان

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره * فصل)
 سقوط الدين امر لازم فدى او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من احدهما
 وايهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في القداء بقدر الدين منطوعا وقوله وان كان
 غائبا ذكر في الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه
 وما بعد هو الموعود بقوله وسنين القولين وما بعده واضح الى آخره *

فصل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته عشرة
 بعشرة فتخمر ثم صار خلا ولم ينتص مقداره فهو رهن بعشرة وان نقص سقط من الدين بقدره
 ولا معتبر بنقص القيمة لان الفأنت مجرد الوصف وبغواته في المكبل والموزون لا يسقط
 شيء من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان
 بضمن قيمته ويجعلها رهنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد ربح
 بين ان يفتكه ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فقوله يساوي عشرة
 وقع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل
 فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء و يصلح بقاء حتى ان من اشترى
 عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن ولقائل ان يقول ما يرجع الى
 المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب
 عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا تبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف
 عن ذلك الاصل * اعلم ان العصير المرهون اذا تخمر * فاما ان يكون الراهن والمرتهن
 مسلمين * او كافرين * او يكون الراهن وحده مسلما * او بالعكس فان كانا كافرين فالرهن
 بخاله تخلل اولم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف رح
 حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخلله او لا فيه

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره * فصل)
 فيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر
 بحيث لا يضمن وذلك بسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخليل فصار كتحليس الرهن
 من الجناية والمرتهن ذلك واذا جاز ذلك للمسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة اليهم
 فلان يجوز في المرتهن الكافر اولى لانها محل بالنسبة اليه واما اذا كان الراهن كافرا فله
 ان يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن
 المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي
 فخللها والخل له ويقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت
 قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله فهو رهن بدرهم يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما
 واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة
 حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد
 يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة
 مثل الدين فان كان اكثر او اقل فهي مذكورة في النهاية **قوله** ونماء الرهن للراهن الاصل
 ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن
 منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جملة الام ولا ينفرد من عليه
 بابطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتب ومذبذبة وانما فسرنا بذلك لئلا يرد كقالة
 الحرية فانها ما تسري الى الاولاد والزكوة بعد كمال الحول كذلك فانهما يشبان في ذمة الكفيل
 والمالك لا في عين الامهات ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه ينفرد بالابطال باختيار الغداء
 وانما قيدنا الا اولاد بصلاحيتهما لاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة
 والمنكوحة والموصى بخد منها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف
 اما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق
 ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا علم ان نماء الرهن كاللبن والتمر والصوف والولد للراهن

(كتاب الرهن * باب النصف في الرهن والجباية عليه وجبايته على غيره * فصل)

لانه متولد من ملكه ، يكون رهنه مع الاصل لانه تبع له ففى الاصل وصفان لازم ان الملك
وكونه رهنه فيسريان الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لان الاتباع لا يفسد لها
مما يقابل بالاصل اذا لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذا اللفظ لم يتناولها
وان هلك الاصل وبقي النماء افنكه الراهن بحصته بقسم الدين على قيمة الرهن يوم
القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به
اذ لو هلك قبله هلك مجانا والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد لم يبيع فانه يكون له
حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء
من الدين فما اصاب الاصل يسقط من الدين بقدره لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب
النماء افنكه الراهن به وقوله وصورا لمساثل على هذا الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة
الدين على قيمتهما يوم القبض والفكاك تخرج وفي ذلك كثرة وتطويل فاعرض عنها
وتابعناه في ذلك قوله فيصح تعليقها بالشرط يريد بالشرط قوله فما حلت فان كلمة ماتضمنت
معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله لانه انلفه باذن المالك فيه اشارة الى انه
لو اتلف بغير اذنه ضمن وكان القيمة رهنه مع الشاة وكذا الوفاء الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن
قوله ويجوز الزيادة في الرهن الزيادة في الرهن مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد
الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنه بالعشرة جاز عند علماءنا رحمهم الله والزيادة على
الدين لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رح وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والتمن والمتمن والمهر والمنكوحه
وهو ان يزوج المولى امة من رجل بالف ثم زوج امة اخرى بذلك الالف وقبل الزوج
يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذلك في الاسرار وطريقة البرغري وغير ذلك ان
ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير انه قال يجوز ان يكون مرادهم من قولهم لا تجوز
الزيادة في المنكوحه ان يقول المولى زدت لك امة اخرى بذلك المهر والمولى قال زوجتك

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنابته على غيره * فصل)

زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم ان يصح وقوله الا يرى انه لو رهن عبدا
بخمسمائة يعني من الدين الذي هو انفق فيكون بنصف الدين كان جائزا ولو رهن نوبا
بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله والا لتحاق باصل العقد افساد للجامع الذي ذكره
ابو يوسف رح وهو واضح وحاصله ان الا لتحاق باصل العقد انما يتصور اذا كانت
الزيادة في المعقود عليه او في المعقود به والزيادة في الدين ليست في شيء من ذلك اما انه غير
معقود عليه فظاهر واما انه ليس بمعقود به فلو جوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن
فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوبا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله ويسمى هذه
زيادة قصدية يعني بخلاف نماء الرهن فانه ليس زيادة قصدية بل ضمانية ولهذا اختلفا
حكما وقوله واذا ولدت المهرهنة ولدا يعني اذا رهن جارية بالف تساوي الفا ولدت
ولدا يساوي الفا قال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد
ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فيسطر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم
العقد فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في
ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كأن
لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على
قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها
لان الزيادة دخلت مع الام فصارت كأنها كانت في اصل العقد فيكون الولد دخلا في
حصة الام خاصة فان مات الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة
بما فيها لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة
ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام والولد معها **قوله** فان رهن
عبدا يساوي الفا كلامه واضح وقوله على ما بيناه من قبل يعني في صدر كتاب الرهن
في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لفرنج هو يقول ان الضمان في باب الرهن

(كتاب الرهن * باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره * فصل)

انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد البراء وقبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالبراء اي سببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قبل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنعه المرتهن بعد البراء فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا لا انتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالبراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقبام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور وقوله فاما هو يعني تعذر الاستيفاء فهو قائم في نفسه وهو نكبر للتوكيد فاذا هلك يعني الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانقضى الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله وكذا اذا اشترى معطوف على قوله ولو استوفى وقوله لانه اي لان كل واحد من الشري والصالح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا او قيمته ان هلك في بده قبل الرد وقوله لانه بمعنى البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحواله عما عليه فكان ينبغي ان يكون بمعنى البراء فيهلك امانة ووجه ذلك ما اشار اليه ان الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط لانه يزول به اي بعقد الحوالة الى آخرة وقوله لانه يعني المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين وقوله وكذا لو تصادقا على ان لادين ثم هلك الرهن اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف رح ومنهم من قال اذا كان التصديق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان رجويه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك امانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ووجه مختار المصنف رح ما ذكره من توهم وجوب الدين

الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصديق على عدمه لجواز ان يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفاءه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابرأ راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من ثم الى ههنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الابرأ والاولى ان يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية والله اعلم *

كتاب الجنایات

ذكر الجنایات عقوب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجنایة لصيانة النفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن اجزئها محاسن الحدود * والجنایة في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنس عليه شرا وهو عام الا انه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد نزول به الحيوة والثاني يسمى قطعاً وجرحاً وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيواناً **قوله** القتل على خمسة اوجه القتل الذي يتعلق به حكم من نصاص ودية وكفارة وحرمان ارث خمسة اوجه وذلك لاننا قد استقرنا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احدى هذه المذكورة * وقال صاحب النهاية لا يخلوا ما ان حصل بسلح او بغير سلح فان حصل بسلح فلا يخلو اما ان كان به قصد القتل او لا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطأ وان لم يكن بسلح فلا يخلو اما ان كان معه قصد التأذيب والضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان يكون جارياً مجرى الخطأ ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل واحد منها * وضعفه وراكته طاهران وقوله او ما اجري مجرى السلح يعني في تقرييق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة التصب ودي قشرة وقد تقدم وقوله وقد نطق به غير واحد من السنة منها ما قال عليه الصلوة والسلام في خطبته بعرفات الان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري

(كتاب الجنایات)

هذا في مثامي هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا اهون على الله من قتل
 امرأ مسلم وقوله والقود يعنى التصاص معطوف على قوله المأثم اي موجب القتل العمد
 الاثم في الآخرة والتصاص في الدنيا لقوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ وهو بظاهرة
 لم يفصل بين العمد والخطأ لكنه قيد بوصف العمدية لقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود
اي موجبه والحديث مشهور ولان الجنایة بها اي بالعمدية تنكامل وقوله لا شرع لها دون
 ذلك اي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير حجة ان العمدية تنكامل بها
 الجنایة وكل ما تنكامل به الجنایة كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله العقوبة المتناهية
 حجة اخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
 وذلك ظاهر وقوله ثم هو يعنى القود وقوله وهذا لانه تعين مدفعا للهلاك يعنى لان القاتل
 في الامتناع من اداء الدية بعد ما استحققت نفسه قصا صا يسفه ويلقي نفسه في التهلكة فيحجر
 عليه ويمنع عنه شرعا ولما نلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه
 التمسك بدان الله تعالى ذكر في الخطأ الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيه فيها
 هو ضد الخطأ وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأي
 ووجه التمسك بالسنة ان الالف واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود ينصرف اليه ففيه
 تنبص على ان حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيرة زاد على النص اشارة بن عباس
 رضي الله عنهما في قوله العمد قود لا مال فيه الى ذلك ووجه المعقول ان المال لا يصلح موجبا
 في القتل العمد لعدم المماثلة لان الآدمي مال كمتبذل والمال مملوك مبتذل فاني بتمان لان
 بخلاف التصاص فانه يصلح موجبا للمماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء عز جبر للغير
 عن وقوعه فيه وجبر الورثة فيتعين فان قيل فكيف صلح موجبا في الخطأ والغائت فيه مثل
 الغائت في العمد اجاب بقوله وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه
 لما لم يكن الاقتصاص فيه هدر الدم لولم يجب المال والادمي مكرم لا يجوز اهدار دمه على

هللى ان ذاك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس في معناه حتى يلحق به
 وقوله ولا يثبت بعدم قصد الولي بعد اخذ المال جواب عن قوله لانه تعين مدفع الهلاك
 وذلك لجواز ان يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضا ثم يقتله قبل هذا الوهم
 موجود فيما اذا اخذ المال صلحا وقد جاز اجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر
 عدم وعرض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خبرين ان احبوا
 قتلوا وان احبوا اخذوا الدية * وان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفى صدور
 الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والتماس لا يقتضيه فكان لمعنى الظر للولي
 وذلك بتدكته من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض
 الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى الظر للولي على وجه خاص
 وهو الانتقام وتشفى الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبياة
 بواحد لا لانهم كانوا يأخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا
 ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان الجواب المال في مقابلة القتل العمد تضييع
 حكمة القصاص * واذا ثبت ان الاصل هو القصاص لم يجوز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل
 ان يعفو احد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء حيث اذا كان يكون محل القصاص ناقصا بان يكون
 يد فاطع اليد اقل اصبعاً وامثال ذلك وقوله ولا كفارة فيه عندنا اي في القتل العمد سواء
 وجب فيه القصاص او لم يجب كالباب اذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة
 الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخط لانها تستر الذنب وهو في العمد اعظم ولنا
 انه كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه من معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه
 اصول الفقه وقوله ولان الكفارة جواب عن قياس الشافعي رح وهو واضح فان قيل عيب
 ان القياس لا يصح فليحقق دلالة لانهم امثالان في المناط وهو الاستر ولا معتبر لصفة العمدية
 بالمحرم ان قتل الصيد عمد افانه كقتله خطأ فالجواب ان المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما

(كتاب الجنایات)

لا یستر بها العدم صلاحیته لعلیبتها كما مر فان قال قد دل الدلیل علی عدم اعتبار صفة العمد بینه وهو
حدیث واثله بن الاسقع رضي الله عنه قال اتينا رسول الله صلى الله علیه وسلم بصاحب
لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة یعق الله بكل عضو عضو منه من النار
وایجاب النار انما یكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان یكون استوجبها بشبه العمد
كالقتل بالحجر او العصا الكبيرة سلمناه لكنه لا یعارض اشارة قوله تعالى ومن یقتل مؤمناً مُعتدّاً
فجزاؤه جهنم خالداً فیها فان الغاء تقتضي ان یكون المذكور كل الجزء فلو اوجبنا الكفارة
لكان المذكور بعضه وهو خلاف **قوله** وشبه العمد عند ابي حنیفة رحمه الله اختلفوا فی تفسیر
هذا النوع من القتل فقال ابو حنیفة رح شبه العمد هو ان یتعمد الضرب بما یسب سلاح
ولما اجري مجراه سواء كان الهلاك به غالباً كاللحجر والعصا الكبيرین ومدقة القصار
او لم یكن كالعصا الصغيرة وقالوا هو ان یتعمد الضرب بما لا یحصل الهلاك به غالباً كالعصا
الصغيرة اذا لم یوال فی الضربات فاما اذا والی فیها فقیل شبه عمد عندهما وقیل عمد
محض فلا سمي هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنی العمد فیهِ والا لكان عمداً واقتصاره انما
ینصور فی استعمال آله لا یقتل بها غالباً كالعصا الصغيرة فانه یقصد باستعماله غیر القتل
كالنأدیب ونحوه لا فی استعمال آله لا تلبث فانه لا یقصد باستعمالها الا القتل ولا بی حنیفة رح
قوله صلى الله علیه وسلم الا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل
رواه النعمان ابن بشیر رضي الله تعالى عنه ووجه الاستدلال انه علیه الصلوة والسلام جعل
قتل السوط والعصا مطلقاً شبه عمد فتخصیصه بالصغيرة ابطال الاطلاق وهو لا یجوز ولان
العصا الكبيرة والصغيرة تساوی فی كونهما غیر موضوعین للقتل ولا مستعملین له اذا لا یمكن
الاستعمال علی غرة من المقصود قتله وبالاستعمال علی غرة یحصل القتل غالباً واذا تساویا
والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله وموجب ذلك ای موجب شبه
العمد علی القولین یعنی قول ابي حنیفة رح وقولهما الاثم لانه قتل وهو قاصد فی الضرب علی

(كتاب الجنائيات)

على ما مر من تفسيره والكفارة لشبهه بالخطأ والدية المغلطة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة احتراز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولدة عمد او عن اقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمداً فان في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله وقوله لقضية عمر رضي الله عنه يعني ما روي عنه رضي الله عنه انه قضى بالدية على العاقلة في ثلث سنين والمروي عنه كما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه مما لا يعرف بالراي وقوله فالحجة عليه ما اسلفناه قيل اراد به قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رح في مثله ان يقول ما روينا والحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قوله والخطأ على نوعين انما انحصر الخطأ في نوعين لان الرمي الى شيء مثلاً مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجراحة وهو الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله لما بيته اشارة الى قوله وتجب في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امي الخطأ والنسيان الحديث وقوله ويحرم عن الميراث لان فيه اثماً بدليل وجوب الكفارة والحرم ان يجب من انواع القتل فيما هو جناية قتل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال الى الميراث وهذا كذلك لاحتمال انه قصده الا انه اظهر الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في العرائض مستوفى بتأييد الله تعالى وقوله بخلاف ما اذا تعدد متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمد ان يضرب يد رجل فخطأ فاصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ الا انه كالخطأ في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله وقوله لان

(كتاب الجنایات * باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه)

الشرع انزلہ تا تلا یعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمات ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما الحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى في حق غيره على الاصل فان قيل الحاضر في غير ملكه يأثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ اجاب بقوله وهو ان كان يأثم بالخرفي غير ملكه يعني ان الاثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت وقوله وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما يجري مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الا ترى ان فتا العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة والله اعلم بالصواب *

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة **قله** القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد * هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله على التأييد احتراز عن المستأمن فان في دمه شبهة الا باحة بالعود الى دار الحرب المزالة للمساواة المنبى عنها القصاص ولا بد من صفته العمدية لما بينته من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية تتكامل بها وفيه بحث من اوجه * الاول ان العفو مندوب اليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب * الثاني ان حقن الدم على التأييد غير متصور لان الشيء ما يتصور منه ان يكون للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعيان بالله * الثالث انها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص * الرابع ان قيد التأييد

(كتاب الجنایات * باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه)

التأیید لثبوت المساواة واذا قتل المستامن مسلماً وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستیفاء ولا منافاة بينه وبين العفو * وعن الثاني ان المراد بالحقن على التأیید ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي الى دارة اصل لا عارض * وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب ما لا شبهة الابوة * وعن الرابع بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستیفاء بخلاف العكس وقوله للعدومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وذكر قول الشافعي رح ووجهه وهو واضح وقوله وهي اي العصمة بالدین يعني عنده او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيهما فيجری القصاص بينهما فان قال جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر وحققة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدین كما لا یجری بین المستامنین وليس كذلك وقوله والنص تخصيص بالذكر جواب عما استدل من المقابلة في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والاثنى بالاثنى فانه لا ينفي الذكر بالاثنى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غیر القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رضي الله عنهما روى ان قبيلتين من العرب تدعي احدهما فضلا على الاخرى اقتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالاثنى مناو الحرم منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المباني فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالسلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في اجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد هاهنا في العصمة وقد تساوى فيها على ما مر قوله وامسلم بالذمي المسلم والذمي فيه سواء اختلف العلماء في ثبوت اقتصاص

(كتاب الجنایات * باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبہ)

المسلم بالذمی فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو حنیفة واصحابه رضي الله عنهم الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدلل الاولون بما روى ابو حنیفة قال سألت علیا رضي الله عنه هل عندكم من رسول الله سوى القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الا ان يعطي فيهما في كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسیر ولا یقتل مسلم بکافر وبان القصاص یعتمد المساواة في وقت الجنایة ولا مساواة بينهما فيه وانما ید بوقت الجنایة لان القاتل اذا کان ذمیاً وقت القتل ثم اسلم فانه یقتص منه بالاجماع وبان الکفر مبیح لدمه لقوله تعالیٰ وقاتلوهم حتی لا تكون فتنة ای فتنة الکفر فیورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهیم ان رجلاً من المسلمین قتل رجلاً من اهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلی الله علیه وسلم فقال انا احق من وفی بدمته ثم امر به فقتل وفي دلالة على المطلوب جلاء لا یجاری ورد بان مدارة علی ابن السملانی وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ ابن السملانی حدیثه منکر وروی عنه ربيعة ان النبی صلی الله علیه وسلم قتل مسلماً بمعاهد وهو مرسل منکر وقال الدارقطنی ابن السملانی لا تقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم من أئمة الحدیث غیر مقبول وقد عرف فی الاصول ولان القصاص یعتمد المساواة فی العصمة وهي ثابتة نظراً الى التکلیف یعنی عنده او الدار یعنی عندنا فیثبت وقوله والمبیح کفر المحارب جواب عن قوله وكذا الکفر مبیح وتقریبه انا لا نسلم ان مطلق الکفر مبیح بل المبیح کفر المحارب قال الله تعالیٰ قاتلوا الذین لا یؤمنون بالله الى قوله حتی یعطوا الجزیة وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فیورث الشبهة ای قتل الذمی بالذمی دلیل علی ان کفر الذمی لا یورث الشبهة اذ لو اورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا یجری بین الحریین فان قیل یورث الشبهة اذ اقتله مسلم قلنا فیکون قبل قتله المسلم معصوماً کالمسلم فیحجب القصاص وقوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حدیث علی رضي الله عنه

(كتاب الجنایات * باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه)

۳۴۵

عنه وتقریره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتل ما قالوا ولكن مؤصلا بغيره وهو قوله .
ولاذ وعهد في عهده والیه اشار المصنف ر ح بقوله لسياقه ولاذ وعهد في عهده ووجه ذلك
انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه
الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا
ذو عهد في عهده بكا فر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون
ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكا فر حربي واذ لا بد من
تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك اعم والا عم لا دلالة له على
الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل فما كيفية
قتل المسلم بالحربي حتى يصح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من وجهين * احدهما المسلم
دخل دارهم بامن فقتل كافرا خريبا فهو حرام لكن لا يقتض منه * والثاني ان يقتل من لا يخل
قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت
تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله ولا يقتل يعني المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم
على التأيد كما تقدم في اول الباب ولان كفره باعث على الحراب لانه على فصدة الرجوع
الى داره فكان كالحربي ولا يقتل الدمى بالمستأمن لما بينا انه ليس محقون الدم على التأيد
وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان
المعهود منه في مثله لما روينا * ولا نافذنا ذلك بكا فر حربي الا اذا اريد هناك بالحربي اعم
من ان يكون مستأمنا ومحاربا وهو الحق ويغني عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي
والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا ان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تأويل فلم يقل
لما روينا وقوله للعمومات يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها
وقوله ولان في اعتبار التفاوت الى آخره يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله تعالى

ففي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلا حاقا فان قيل يحتمل ان يكون المراد لا قود يجب
 الا بالسيف اجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء القتل كالتصاص دون ما يجب شرعا
 والحمل عليه مجاز باعتبار مايؤول اليه وهذا مختار صاحب الاسرار * وفخر الاسلام قدرة
 بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة رحمه الله في نفي القصاص عن القتل
 بالمنقل وقد قررناه في التقرير وقوله ولان فيما ذهب دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله
 لان مبني القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه
 الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الجزاء فدفع مثل ما فعل به وانه غير جائز لانه
 الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى
 السن عمدا فانه لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلان يجوز
 ترك البعض اولي قوله واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى اذا قتل
 المكاتب عمدا فلا يخلو اما ان ترك وفاء اولم يترك فان كان الاول فلا يخلو اما ان
 يكون له وارث غير المولى او لا فان كان الثاني فـ للمولى القصاص عند ابي حنيفة
 وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ارى في هذا قصاصا واستدل بما ذكر
 في الكتاب وكأنه حام حول الدر بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين
 الى آخره وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل هذه الشبهة لان خطاها عن درجة الاعتبار لان
 السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد لحكم واحد اما اذا
 رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها
 فيمكن ان تكون معتبرة وان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه
 على ما ذكر لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحربة او الرق فانه على
 قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا اذا ادبت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته
 وعلي قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى

(كتاب الجنایات * باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه)

بخلاف الاولی لان المولى متعین فیها وان كان الثانى وهو ما اذا مات ولم یترك وفاء
فواضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم یترك وفاء ولا وارث له اوله ورثة ارقاء لعدم الغائبة
فی ذكره لان حكمه حكم المدكور فی الكتاب وقوله بخلاف معتق البعض اذا مات
ولم یترك وفاء یعنی لا یجب القصاص لان ملك المولى لا یعقب بموته ولا ینسخ بالعجز
ماعتق منه وقوله واذا قتل ولي المعتوة یعنی ابنه فلا یبه وهو جدم المقتول الاستیفاء لانه من
باب الولاية على النفس شرع لا مر راجع الیه ای الى النفس وهو تشفی الصدر
فیلبه كالانكاح ولا یتوهم ان كل من ملك الانكاح ملك استیفاء القصاص كالاخ فانه یملك
الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفی وللاب شفقة كاملة یعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل
ما یحصل له من التشفی كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله ای لولي المعتوة ان یصالح
لكن علی قدر الدیة فان نقص یجب كمال الدیة لانه انظر فی حق المعتوة وقوله لما ذكرنا
اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه لیس له ولایة على نفسه ای نفس
المعتوة وهذا ای الاستیفاء من قبيلة ویندرج تحت هذا الاطلاق یرید قوله والوصی بمنزلة
الاب فی جمیع ذلك وقوله ان الوصی لا یملك الصلح یعنی عن النفس واماماد ونها فیملكه
وقوله وانه ای المال یجب بعقده ای بعقد الوصی **قوله** ومن قتل وله اولیاء صغار وكبار
اذا كان فی اولیاء القتل صغار وكبار فاما ان یكون فیهم الاب اولا فان كان فلهم الاستیفاء
عند علمائنا بالاتفاق وان لم یكن فكذلك عند ابی حنیفة رضي الله عنه وقال لیس لهم
ذلك حتی یدرك الصغار ووجهها ظاهر علی ما ذكر ووجه ابی حنیفة رح مبني علی
ثبوت التفرقة بین الصغار والغیب من حیث احتمال العفو فی الحال وعدمه فانه فی الغائب
موهوم فلا استیفاء یقع مع الشبهة وهولا یجوز وفي الصغیر ما یوس حال الاستیفاء فانتهی
الشبهة واذا انتفی الشبهة وهو حق لا یتجزئ اثبوت بسبب لا یتجزئ وهو القرابة فیثبت
كل واحدكم لا كالولاية فی الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو احدهما

احد هما كما لو تعدد القتل وعفى احد الا ولياء فان لغیره ولاية استیفاء قصاص قتله
 لا محالة واجیب بان الحق هنا واحد فلو لم یسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فیسقط القصاص
 ویقلب ما لا نظرا للجانبین بخلاف ما اذا تعدد القتل فان الحق ثم متعدد ولا یلزم من
 سقوط بعض سقوط غیره وقوله ومسئلة المولیین ممنوعة جواب عن قولهما او كان بین
 المولیین وسند منعه ما ذکر فی الاسرار لازوایة فی عبد اعتقه رجلان ثم قتل او قتل وله مولیان
 فیجوز ان یقال لانسلم ان احد هما لا ینفرد بالاستیفاء ولئن سلمنا فاحد المولیین انما لم ینفرد
 بالاستیفاء لان السبب لم یکمل فی حقه لان بعض المملک وبعض الولاء لیس بسبب اصلا
 فکانا کشخص واحد والواحد منهما ک نصف رجل وشطر علة وقوله ومن ضرب رجلا
 بمرا الى آخره واضح وكذا قوله ومن غرق صبیا وقوله كما یبایه اشارة الى قوله یفعل به كما فعل
 ان كان فعلا مشروعا وقوله لهم اي لابي یوسف ومحمد والشافعی رحمهم الله لكن
 استدلال الشافعی رح بالحديث واستدل الیها بالمعقول وقوله ولا مرء فی العصمة اي لاشک
 فیها وقوله ومنه المقتصة للجلیمین الجلم الذي یجز به وهما جلمان وقوله وما رواه غیر مرفوع
 ولانه یلزم علی قوله التحریق بالتحریق وهو مهني عنه وقال صلی الله علیه وسلم لا تعذبوا احدا
 بعذاب الله او هو محمول علی السياسة وقد اومت اي اشارت الیه اي الی کونه محمولا علی
 السياسة اضافته الی نفسه حيث قال غرقناه ولم یقل غرقوه وقوله واختلاف الروایتین مرفوع
 علی الابتداء وقوله فی الکفارة خبره بغنی ان اختلاف الروایتین عن ابي حنیفة رحمه الله
 انما کان فی الکفارة فانه روي عنه ان لا کفارة فی شبه العمد وروی الطحاوی ان فیہ الکفارة
 عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غیر تردد وقوله لوجود السبب یعنی سفک دم محقون
 علی التأیید عمد او عدم ما یبطل حکمه یعنی من عفوا وشبهة وقوله واذا التقی الصفتان
 ظاهر وقوله احد نوعي الخطأ یرید به الخطأ فی القصد وقوله وكذا الدية منصوب عطفا علی
 الکفارة وقوله علی ما نطق به النص یرید به قوله تعالی ومن قتل مؤمنا خطأ الآیة وقوله

(كتاب الجنائيات * فصل * باب القصاص في ما دون النفس)

وما اختلفت سيوف المسلمين ابي توالى روي ان سيوف المسلمين توالى على اليمان
ابي حذيفة في بعض الليالي في فزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقتل رسول الله صلى الله
عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله ومن شج نفسه واضح وقوله وفعله بنفسه هدر في الدنيا
يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لما كان الاستحالة والتنا في وقوله يغسل ويصلي عليه
اثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلي عليه صار كأنه مات حتى انفه بمرض من
غير فعله على نفسه وقوله ولا يصلي عليه لان جنايته على نفسه معتبرة فصارت كالبغي وقوله
فلم يكن هدر مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح *

فصل

لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي
لها عريضة ايجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله اطل دمه اي
اهدروا وقوله والمعنى اي ومعنى الوجوب دفع الضر لان الواجب هو دفع الشر على اي
وجه كان لا عين القتل وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الحديث والمعقول وقوله وعلى
هذا الخلاف الصبي والداية يعني اذا اصلا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن
الدية والقيمة وقوله فاشبه المكرة يعني ان المكرة لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكرة اضيف
التلف الى المكرة فكذلك المصول عليه وقبل معناه فاشبه المكرة يعود على المكرة فيقتله وقوله
قاتل دون مالك اي لاجل مالك وقوله فكذلك استرداد في الانتهاء لانه اسهل من الابتداء *

باب القصاص في ما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس انبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الاطراف
وكلامه واضح وقوله ولا معتبر بكبر البد وصغرها لان منفعة البد وهو البطش لا تختلف

(كتاب الجنائيات * باب القصاص في مادون النفس)

لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة اذا اخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج
لكبر راسه فان الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين اخذه
ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وبالاقتصاص بمقدارها بقل شين الشاج وبأخذ
ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى
فان شاء استوفاه معنى وهو بمقدار شجته ويترك الصورة وان شاء اخذ ارضها وقوله على
ما قال في الكتاب يعني القدوري وهو ما نورن الصحابة رضي الله عنهم روي ان هذا حدث
في زمان عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى
جاء علي رضي الله عنه فقصى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض
النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبي عن المماثلة وقوله ولاقتصاص في عظم الا
في السن وهذا اللفظ مروي عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما فان كان السن عظما
فلا استثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها
بان تبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اصلها ان قطعها ولا يقطع لتغذر المماثلة فربما يفسد به
لثانته كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لاقتصاص
في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من
قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكأنه
وقع عند المصنف روح انه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله وليس في مادون النفس
شبه عمد قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد او خطأ فيجعل الاول على ان
المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل في مادون النفس وامكن
القصاص جعل عمدا روي ان الربيع عمه انس ابن مالك كسرت ثيابه جارية من الانصار
بالطمع فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص والظمة اذا اتت على النفس لا توجب القود

(كتاب الجنایات * باب القصاص فی ما دون النفس)

وان لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش وقوله ولا قصاص بين الرجل والمرأة ظاهر
وقوله الا في الحر يقطع طرف العبد يعني لا يجب القصاص فيه عند ابي الشافعي
رضي الله عنه اخذ بقول ابن ابي ليلى وسلكا في الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف
بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك
في الاطراف لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل
بالتفاوت في القيمة وهو اي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر
بخمسمائة دينار قطعا وبقينا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحرز والظن
فلا تكون مساوية ليد الحر بقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعا يمكن اعتباره بخلاف التفاوت
في البطش لانه لا ضابط له فاعتبرا صله فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدین
لا مكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين اجيب بان التساوي انما يكون بالحرز
والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كلما ثلثة في الاموال الربوية عند
المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه
منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون
يد المرأة بيد الرجل فالجواب ان اقد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها
خلقت وقاية للنفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس
منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس ثناء تاما ليا ينبغي ان لا يعتبر فيما
يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينبغي به المماثلة
ينبغي ان يعتبر قلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم ان يكون باذلال للزيادة في الاطراف
ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط واسقاط جائز دون البدل بالاطراف والباقي ظاهر
قوله ومن قطع بدرجة من نصف الساعد كلاه واضح وقوله لان حقه متعين في القصاص
لانه لو زال الشلل قبل ان يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي راجح

(كتاب الجنایات * باب القصاص في مادون النفس * فصل)

٢٨٣

روح ان الواجب احد الشئين اما القصاص او الارش فاذا تعذر احدهما لغوات محله
تعين الآخر وقوله ومن شج رجلا قرناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع
اكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله وفي عكسه يخير ايضا وهو ان يكون رأس المشجوج
اكبر من رأس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان ازيد في الشين
من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيخيز بين الارش
والاقتصاص والباقي الى آخره واضح *

فصل

لما كان تصور الصلح بعد تصور الجنابة وموجبها التبعة ذلك في فصل على حدة واذا اصطاح القاتل
واولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان او كثيرا
زائدا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية على ما قيل انها
نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق للامام
فان عفي اذا استعمل باللام كان معناه البذل اي فمن اوتي من جهة اخيه المقتول شيئا
من المال بطريق الصلح فاتباع اي فلن اعطي وهو ولي القتل مطالبة بدل الصلح
على مجاملة وحسن معاملة * وانما قال على ما قيل لان اكثر المفسرين على انها في عفو
بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقريده فمن عفي عنه وهو القاتل
من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتل اولياء فعفى بعضهم فقد
ضار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر
وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع بالمعروف اي فليتبع غير العافي بطلت
حصته بقدر حقه وليؤد القاتل اليه حقه وايا من غير نقص وقوله عليه السلام من قتل له
قتيل فاهله بين خيرتين ان شاء اتادوا وان شاءوا اخذوا الدية قال المصنف رضي الله عنه

(كتاب الجنایات * باب النصاص في ما دون النفس * فصل)

والمراد والله اعلم الاخذ بالرضي على ما بيناه يعني انه ليس للولي العدول الى المال الا
برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله نص مقدر بكسر الدال وقوله كالخلع وغيره
يعني كالاتفاق على مال وقوله خلا فاما لك والشافعي رح في الزوجين قال في النهاية
هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في النصاص والدية جميعا عندهما
ونقل من المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة
وان الشافعي رح يقول النساء لا تستوفى النصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان
ما ذكره في الكتاب من انه لاحظ للزوجين في النصاص والدية عند مالك والشافعي رح
مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار وهو مواخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة
لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله لهما ان الوراثة خلافة يستلزم
عدم تورث احد الزوجين من الآخر شيئا وهو باطل ولكن يحمل على ان معناه الوراثة
فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت والنصاص
والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالقتل والنقل اما الاول فحديث امرأة اشيم
الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب واما الثاني فلانهما موروثان كسائر
الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم
يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر
الاموال في ثبوتهما قبل الموت الا يرى انه اذا اوصى بثلاث ماله دخلت دية فيها و
وتقضى منها ديونته وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من حرز الميراث وكفى به
قدرة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتدكن من الاستيفاء والعفو الباقى واضح
وقوله لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية
السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقلنا الواجب بعض بدل الدم لانه بدل الجزء
وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه كالانف الموجلة الى ثلث سنين فان كل درهم

(كتاب الجنایات * باب القصاص فی مادی النفس * فصل)

درهم منها کذاک وقوله والواجب فی الدجواب اعتباراً وهو واضح **قوله** واذ اُقتل جماعة واحد اعمدا اذ تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترک بما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلاً فقتل عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لولا اني عليه اهل صنعاء لقتلتهم والتمالوا التعاون وصنعاء الیمن قصبتها وروي عن علي رضي الله عنه انه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة رضي الله عنهم متوافرة ولم ينکر عليهم احد فحل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالباً الا بالاجتماع لان الواحد بقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجراً فيجب القصاص بحقيقاً لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب ما عجزا لمفسد عن ان يجمع عليه امثاله ويقتل لعلمه ان لا قصاص فيودي الي سد باب القصاص ولتأمل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون معتبراً في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المتقضي لعدم المويده بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس الباقي على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويربو على ذلك بقوة اثره الباطن وهو احياء حكمه الاحياء وقوله ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد * واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر اولياء المقتولين قتل بجما عنهم كما ذكر في الكتاب وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب المال يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة او جهل الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم او بقرع وقوله وهو القياس في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا الا انه عرف بالشرع يريد به قضية عمر رضي الله عنه ولنا ان كل واحد منهم اي من اولياء القتل قاتل قصاصاً بوصف الكمال لانه لا يتجزئ اصله الفصل الاول فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقاً ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلاً للواحد كان العكس

(كتاب الجنايات * باب القصاص في مادون النفس * فصل)

كذلك لان المماثلة بين الشئيين انما تكون من الجانبين وقوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو تفرع عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذ احصل عقيب طلل لا بد من الاضافة اليه فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزئ فتعين الثاني وهذا اذا حلف جماعة كل منهم ان لا يقتل فلانا اجتماعا على قتله حسوا ولان القصاص شرع مع الماني وهو قوله صلى الله عليه وسلم الادمي بنان الرب ملعون من هدم بنان الرب لتحقيق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل بقتله اي بقتل القاتل فاكتفي به ولا شيء لهم غير ذلك وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر قوله بواذا نطع رجلا ن يد رجل واحد تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدد في النفس عندنا فاذا قطع ايد او اقل قصاص اصلا وقال الشافعي رحمه الله ان وضع احد هما السكين من جانب والاخر من آخر وامر احدى التقي السكينان فالحكم ذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان اخذ اسكينا وامر اها على يده حتى انتطعت قطعت ايديهما اعتبارا بالنفس اما لكوننا نابعث لها واما ان يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا او مختلفا لاداننا علم ان ما انتطع بفعله احدهما لم ينتطع بفعله الاخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده فصا لا انتفاء المماثلة وهذا لان المحل منجر فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن ان يجعل كل واحد قاتلا بصفة الكمال بخلاف النفس فان الازهاق لا يتجزئ وقد مر والباقي ظاهر وقوله وان قطع واحد يميني رجلين قيد بذلك لانه لو قطع يمين احدهما وبسار الاخر قطعت يده لا يقال تنتفي المماثلة حسدا لانه ما قوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما قوتاه عليه لان المعبر في حق كل واحد ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه وقوله والقصاص ملك الفعل ثبت مع الماني يعني لان من عليه القصاص حر * جواب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل وثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بحريته عنه واذا

(كتاب الجنایات * باب القصاص فی ما دون النفس * فصل)

وإذا لم يكن المحل مشغولاً لم يمنع من ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكاً وقوله ولتردد حق الآخر يعني ان حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الآخر له في الاستيلاء موهومة عسى ان يعفوا ولا يحضر فلا يوخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له لذلك وقوله لانه اوفى به حقاً مستحقاً يعني انه قضى بجميع طرفه حقاً مستحقاً عليه فيقضى للآخر بالارش وقوله واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وانما قيد بالعدل لانه لو اقر بالخطأ لا يجوز سواء كان ماذوناً او محجوراً اما المحجور فظاهر واما الماذون فلانه ليس من التجارة وقوله حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص توضيح لبقائه على الحرية وكله الا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار كوقوعه بالابقاع واذا اقر بسبب يوجب الحد يوجب وقوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر قيل فان الرمي اذا اصاب حيواناً ومزق جلده سمي جرحاً واذا قتله سمي قتلًا واذا اصاب الكوز وكسره سمي كسراً فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمد او بالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بالاسامى المختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلاً فانه يجوز ان توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظراً الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطأ نظراً الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل ان يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سبباً للكفارة وهو لا يكون الا امر اثار بين الخطر والاباحة ولم توجد والجواب ان الخطأ هو تحقق الجنابة في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيداً فاذا هو انسان او لقصد مطلقاً كمن رمى الى هدف فاصاب انساناً كالذي نحن فيه والرمي بالسبقة الى المخالف لها كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة

(كتاب الجنایات * باب القصاص في مادون النفس * فصل)

وانما قلنا مطلقا يخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بسخايف المتصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلًا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذاك فاصاب رقبة غيره فجزها او رمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع يد رجل او قتله لا يكون قتلًا لغيره فكان مخالفا له من كل وجه والله اعلم بالصواب *

فصل

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على جدارة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا القتل والقطع اذا حصل في شخص واحد كان على وجوه ان يكونا خطأين او عمدين او يكون القطع خطأ والتتل عمدا او بالعكس فذلك بالقسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منهما اما ان يكون قبل البرء او بعده فذلك ثمانية اوجه وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فذلك ستة عشر وجهًا فان كانا من شخصين يفعل لكل واحد منهما موجب فعليه من القصاص واخذ الارش لان التداخل اما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فایجاب موجب الفعلين او اهدا واحد منهما مبنی علی اصل ذكره المصنف ر ح نقوله والاصل فيه ان الجمع يعني الاكتفاء بموجب ادهما واجب ما امكن تنميما الاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل واحدا الا ان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا وموجبا وبتخلل البرء فحينئذ يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع اصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان تجانسا خطأ جمع بالاجماع لا مكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفي بدية واحدة وان تجانسا

عدد افتد اختلف فيه قال ابو حنيفة رضي الله عنه الولي بالخيار بين ان يقطع ثم يقتل وبين ان يقتل ولا يقتل ولا يقطع وقوله فان شاء الامام قال انطوعة قال شمس الاثمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام عند ابي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم ان لهم الخيار فلا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجتمع بينهما وقال بل الجمع معتدرا ما لا اختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو معتدرا لخلو القطع اذ اكد عن الجزاء واما لان الجزئ يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الجزاء واذ انقطع اضافة السراية اليه صار كتمخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب هو الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة وقوله ولان ارش البدل لآخر على جواز الجمع اذا كانا خطأين وتقريره ارش البدانما يجب عند استحكام اثر الفعل بعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالجزء القاطع للسراية فارش البدانما يجب بالجزء القاطع بالسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الجزء وفي ذلك تكرار دية البدلان ضمان الكل يشملها والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص البدانما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجزء القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص على المساواة وهي انما تحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليب والتشديد ولهذا يقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليب فيجوز اعتباره فيه واما الخطأ فمبناه على التخفيف الا يرى ان الدية لا تعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليب فيه لا يكون مناسباً **قوله** ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرئ ومن ضرب رجلاً تسعين سوطاً في مكان عشرة

(كتاب الجنایات * باب التفصا ص في ما دون النفس * فصل)

في مكان فبرئ من تسعين وسرئ موضع العشرة ومات منه نفيده دية واحدة ما ذكر في الكتاب وقوله كذا كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على اصل ابي حنيفة روح وعن ابي يوسف روح في مثله حكومة عدل وسباني تفسيرها في آخر فصل الشجاج وعن محمد روح انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب مائة سوط فجرحته وبقي لها اثر يجب له حكومة عدل دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرء وليس بموجود وهذا يشير الى انه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة روح لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضرب به ضربا مولما ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها باتي قبل فصل الجنين قوله ومن قطع يدرجل اعلم ان العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفى المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقال لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو من موجه لان الفعل عرض لا يثبت فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفو عن موجه وموجه اما القطع او القتل اذا اقتصر او سرى فكان العفو عفو عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال شخص لا خرا قطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الساري والمقتصر فكذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منق لان العفو لم يتناول له بصريحة لانه عفى عن القطع وهو غير التل لا محالة وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وعفى عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا يرى ان

ان الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل وانقصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفى عن البدن سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعدا الا ان تركناه لان صورة العفو اوردت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية وقوله ولا نسلم ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويتال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح منع ذلك والجواب ان المراد صفة متنوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله بل الساري قتل من الابتداء اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً جواب عن قوله والقتل اذا سرى يريد ان القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعاً لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب اصلاً انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافاً الى غير محلّه فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفواً عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناول العفو وقوله بخلاف العفو عن الجنابة ظاهر وقوله في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشبهة والعفو عن الجنابة **قوله** وفاقا وهو في موضعين * احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ * والثاني العفو عن الجنابة فانه عفو عن الدية ايضا وخلافاً وهو ايضا في موضعين * احدهما ان العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند ابي حنيفة رحمه الله يكون عفواً عن ارش البدن لا غير * والثاني ان العفو عن الشبهة عفو عن الدية اذا سرى عندهما وعند ابي حنيفة لا غير **قوله** لا غير ادنى اي اعلم بذلك اطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع بدرجل فعلى المنطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الاطلاق بان قوله فعلى

(كتاب الجنایات * باب القصاص في مادون النفس * فصل)

القاطع الدية في ماله بذل على انه في العمدلان الدية في الخطأ على العاقلة واجيب بان
الوضع مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقديره فعلى النازل الدية في ماله
ان كان النطع عمدا وقوله كما لو اوصى باعارة ارضه يعني انه اذا تبرع بمنافع ارضه في مرضه
بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال
وقيه بحث من اوجه * الاول ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة *
الثاني ان الوصية باعارة ارضه باطله وان صحت فحكمه التهاضي يسكن الموصى له يوما
والورثة يومين ان لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصى له * والثالث ان المنافع اموال
فكيف صارت نظير المال ليس بمال والجواب عن الاول ان المصنف رح نقي تعلق حق الورثة
به لكونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف
لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت
المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنياء خيرا
من ان تدعهم عالة يتكففون الناس * وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى
وهو المال فلولا لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال
فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي او الحكمي او نكاحه او ولايته
حقيقة او حكما في ماله او حق قابل لها بعد موته وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض
وهو كما يرى لا ينحصر في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك
في قبولية التصاع لذلك كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله اوصى تبرع كما عبرناه عنه
آثقا والوصية تبرع خاص فيجوز ان يستعار لمطلقة وعن الثالث ان المنافع اموال اذا كانت
في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من الثلث فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية
والقائل من العاقلة والوصية للقائل باطله فيجب ان لا يصح في حصته واجيب بان المجروح
لم يزل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفى عنه المالا بعد سبب الوحوب فكان تبرعا مبدأ ولا

(كتاب الجنایات * باب القصاص في ما دون النفس * فصل)

ولا مانع عنه الا ترى انه لو وهب له شيئاً وسلم جاز قوله واذا قطعت المرأة يد رجل اذا قطعت
امرأة يد رجل فتزوجها على يده فلما ان يقتصر او يسري فان كان الاول صحته التسدية ويصير
الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالاجماع سواء كان القطع عمداً او خطأ وتزوجها على
القطع فقط او عليه وما يحدث منه لانه لما برأتين ان موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري
في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقاً وان كان الثاني واليه اشار بقوله
ثم مات فاما ان يكون القطع خطأ او عمداً فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة
وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن البدن
اذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عدة فالتزوج على البدن لا يكون تزوجاً على ما يحدث
منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمداً كان التزوج
تزوجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهر الا سيما على تقدير سقوط
القصاص فانه اذا لم يصلح مهر اعلى تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاول
والقصاص يسقط ههنا ما يتبناها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما
باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرًا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء
القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة
دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون هو المهر واجب بانه ليس بتعنين لجواز ان يكون
خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً واذا لم يصلح القصاص مهرًا ولا بد له مهرًا
يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها فان قيل قبولها التزوج يتضمن العفو والمغفول لا يضمن
فلا يجب عليها الدية اشار الى الجواب بقوله لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما نحن
فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا سري تبين انه قتل والعفو لم يتعرض لذلك
فيجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه
يرد بقوله لانه هو الموجب للعمد وان اوجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المناصاة ان تساوبا

(كتاب الجنایات * باب القصاص في ما دون النفس * فصل)

وان لم يتساو يارد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على
ارش اليد واذا سري الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر
المثل كما اذا تزوجها على ما في البدولاشي فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة
في الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط القصاص اتحادهما وقوله
ولو تزوجها على البدو ما يحدث منها ظاهر وقوله ولاشي عليها اي لادبة ولاقصاص وقوله
يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر المثل وقوله ولهم اي للعاقلة ثلث ما ترك اي
ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية وقوله فاتفق جوابهما في الفصلين
يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على البدو ما يحدث منها او
على الجنابة وعبر بالفصلين باعتبار المتفق والمختلف والا فالفصول ثلاثة **قوله** ومن قطعت يده
فاقتص له من البدو كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على
عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
لاشي عليه على ما سمعني **قوله** ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلهما واما
دليل ابي حنيفة رح فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا
قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على
رجل بالقتل فقطع الواي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا
الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يثبت فيه احد
وليس اصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على انهما اوجباله قتل النفس وذلك يبرئ
القاطع عن الضمان فيضمنان لا يجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصاركما لو شهد اعلين
رجل انه ابرأ غريمه عن الدين ثم رجعا وقوله وانما لا يجب المال في الحال جواب عما
يقال لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن في الحال وقوله وملك القصاص في النفس
ضروري جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا

ضرور بالثبوت مع الما في وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلث وهي استيفاء النفس بالنصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والتطوع مقصودا غيرها فيكون تصرفا فيه في غير موضع الضرورة لاحق له فيه فيجب الضمان وقوله فاما قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع فلم يظهر يعني ملك النصاص لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما وما عفا وما سرى وقوله والصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا به وكذلك قوله هو الصحيح وقوله والاصابع وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له نصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشائخ فانهم سرعوا بالفرق واما صاحب الاسرار فمنعه وقال لانسلم انه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا من الكف وقوله ومن له النصاص في الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشربا اليه من قبل وقوله فصار كالامام امي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لاشي عليه وقوله والمأثور بتقطع اليد كما اذا نال اقطع يدي ففعل فمات لاشي على القاطع وقوله في مجرى العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لانه مكلف فيها امي في المسائل بالفعل اما تقلد كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عقد كما في غير الامام من المسائل يعني النزاع والحجج فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام اذا العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق امي الاباحة فاشبه الاصطياد ولورمي الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطول بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد حربي او مرتد اسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستأجر والمستعير للركوب اذا نقتت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان

(كتاب الجنایات * باب الشهادة فی القتل)

وهنا يجب اذا سرى وأجيب بان في الثلثة الاول حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل
الفعل الى الاذن ولو اهلك المالك ذابته لم يجب عليه شيء فكذا اذا اذن بسبب
الهلاك والاب اذا قتل ابنه يجب عليه الدية فكذلك هنا بخلاف المقتض له فانه يقطع
بالمالك دون الاذن وما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا في غير
ملكه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلان القطع مع السراية يضرب قتلا من الابتداء ولو قتل
ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا اصر قتلا
من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع والله اعلم بالصواب *

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له النصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه
في باب على حدة ومن قتل وله اثنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل
ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عن ابي حنيفة رحمه الله وقال لا يعيد وان كان خطأ
لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين الذي يكون لابييهما على آخر والاصل ان استيفاء
النصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة رج تمسك بصحة
العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو
من المورث المنجروح استحسانا للدافع والقياس عدم الجواز اما من جهة المورث فلان
القتل لم يوجد بعد واما من جهة الوارث فلو وقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان
ان السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهورا في قولهما ان
القصاص طريقة طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه
ان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقيين * واستدل لهما على ان طريقه طريق الوراثة
بقوله وهذا لانه عوض عن نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس فيكون الملك

الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب ما لا يكون الميت تقتضي به ديونه وتغذ منه وصاياه ولا يبي حنيغته رحمه الله ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلق ابتداء كالعبد اذا انتهب فانه يثبت للملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص لكونه ملك النعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو ان يثبت للملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اى الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتغل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهما خصما عن الباقي فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا انسب للقواعد الفقهية فان المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله فان اقام القاتل البينة واضح وقوله لانهما يجران تعليل لقوله فشهادتهما باطله وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحنوبي لانهما زعما ان القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهما اثلاثا تنأتى فيه الاقسام العقلية لانه اما ان يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا او يصدق بهما او يصدق قهما القاتل دون المشهود عليه او بالعكس والمذكور في الكتاب او لا هو ان يصدق قهما القاتل وحده وفيه الدية بينهما اثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل و اشار بقوله وحده الى انهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدق قهما القاتل فيه ولا شيء للمشهود عليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا افر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله وان كذبهما اى كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا فلا شيء للشاهدين وللشهود عليه ثلث الدية لما ذكره في الكتاب وقوله وان صدقهما المشهود عليه وحده يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لا قراره له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره

(كتاب الجنایات * باب الشهادة فی القتل)

وما اقربه القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه * وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين
اقول للمشهود عليه بثلاث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواه العفو على الثالث وانقلب
نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدین فی العفو فتدبر عم ان نصيبهما انقلب مالا فنصار
مقرالهما بما اقربه القاتل له فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال
المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان فكذا هذا **قوله** واذا
شهد الشهود انه ضربه صورة المسئلة ظاهرة وقوله اذا كان عمدا قول المصنف رح احتريزه
عن الخطأ ثم قال وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب
القود عندهما بي حنیفة رحمه الله كما تقدم قبل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح
ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود واجيب بانهم لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد
شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئاً لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون
انه قصد ضرب غيره فاصابه واقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار
اليه بقوله اذا كان عمدا نعم على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتريز عنه المصنف رح
وقوله واذا اختلف شاهد القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين
في الاموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس اولى وقوله لان المطلق بغير المقيد فان
المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله وان شهدوا انه قتله واضح
وقوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم
تقوم الساعة يُقسَم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى
الصنيع وهو الاحسان * وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان
يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الوسطة
بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا
امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا

صار وافسقة ووجه ذلك انهم جعلوا المين بانه قتله بالسيف لكنهم يقولونهم لاندري اختاروا
 حسنة السر على القاتل واحسنوا اليه بالا حياء وجعل كذبهم هذا معنوا عند الله تعالى
 ملجاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبئروا بلهم كذبهم بهذا الم يكونوا فسقة فتقبل
 شهادتهم وهو معنى قوله والولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاه ابي بتجوز الكذب
 وقوله وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع
 ان الغفومندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث
 هناك ورودا ههنا وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك يعني اذا احتمل ان يكونوا المين واجملوا
 واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك وتجب الدية في ماله
 لان الاصل في العمل العمدة فلا تلزم العاقلة وقوله واذا اقر الرجلان مسئلتان مبناها على
 ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقربه لا يبطل اقراره في الباقي فان من اقر بالف درهم وصدقه
 المقر في النصف وكذبه في النصف صح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض
 ما شهد به يبطل شهادته اصلا لكونه تعسقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله
 في بعض ما اقربه لانه اذا كذبه في كل ما اقربه يبطل الاقرار لانه رد لا اقرارا وعلى هذا القول المقر له
 بدل قوله قتلناه صدقتمال يمكن له ان يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتمال معنى قوله
 صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الاخر في الجميع
 وهو تكذيب لهما *

باب في اعتبار حاله القتل

لما كانت الاحوال صفات لذو بهاذ كرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما
 فارتد المرمي اليه والعيان بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثته المرتد عن ابي بصير
 وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن لان من اخرج المنتقم

(كتاب الجنایات * باب في اعتبار حالة القتل)

عن النقوم استقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار مبرئا للغاصب عن الضمان
باسقاط حقه فصار به مبرئا كما اذا ابرأه ابي الرامي عن الجنایة او حقه بعد الجرح ابي
انعتاد سببه وهو الرمي قبل ان يصيبه السهم ولا يبي حنیفة رضي الله عنه ان الضمان يجب
بنعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر حالة
الرمي والرمي اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم ارتد
والعيان بالله تعالى ثم اصاب فان رده بعد الرمي لا تحرم لان فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا
للحل بشرطه وهو النسيئة وبما اذا كانت الجنایة خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح
وهذه العبارة انسب مما قاله المصنف ربح حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار
وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد
فالواجب القصاص اجاب بقوله والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعني الشبهة الناشئة
من اعتبار حالة الاصابة ووجبت الدية ابي في ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء عليه
في قولهم جميعا وكذا اذ ارمى خريبا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان
لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك وبوقض بما اذا رمى الى صيد
في الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي واجيب
بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا
لا يكون اقل من ذلك وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته
للمولى عند ابي حنیفة ربح وهو قول ابي يوسف ربح وقال محمد ربح عليه فضل ما بين قيمته
مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمان مائة لم يمتد مائتا
درهم لان العتق طاع للسراية لا شتباة من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجنایة المولى
وحال الاصابة العبد لحرية فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبدا وجرحه ثم اعتقه
المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما

وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية تنتقص بها قيمة
 المرمي اليه بلاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل ما بين قيمته وربما الى غير
 مرمي ولهما انه يصبر قاتلا الى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه
 و ابو يوسف رحمه الله يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد
 والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهوان المرمي اليه
 خرج من الابتداء من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان
 بالمنافي واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم
 ان ابا يوسف رح يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع والجرح
 جواب عما ذكرنا للمحمد رح من صورة الجرح والقطع استشهدا على قطع السراية وتحقيقه
 ان العتق فيهما يوجب قطع السراية لا ختلاف نهاية الجناية وبدائها فان ذلك بمنزلة
 تبدل المحل ولا نسلم تحققة في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس باثلاف شيء منه
 لعدم اثر منه في المحل وانما نقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فتجب قيمته
 للمولى وزفر رح وان كان يخالفنا في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حال
 الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الى آخره *

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية احدى موجبي الجناية المشروعين
 للصيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر من
 ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد قوله
 وفي شبه العمد دية مغلطة شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلطة على العاقلة وكفارة
 على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة

(كتاب الديات)

مؤمنه وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدينه مسامحة الى الله وتحرير رقبته مؤمنة
فمن لم يجد نصيبا من شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط
فلا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف **قوله** ولانه جعل المذكور
كل الواجب استدلال بالآية بوجهين آخرين * احدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان
الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالبس فلا يعلم انه
هو الجزاء او بقي منه شيء ومثله محل الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت
طالق وفي نيته ان يقول وعنده حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يخل الفهم *
والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مراد الذكرة لانه موضع الحاجة الى البيان
والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان على ما عرف يعني في اصول الفقه ويجزيه
رضيع احدا بويه مسلم لان شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل
باسلام احدا الا بويين والثاني بالظهور اذا لظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن
لانه لم تعرف حيواته ولا سلامة **قوله** وهو الكفارة في الخطأ ما تلوبا يعني قوله تعالى ومن قتل
مؤمنا خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودينه اي دية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
مائة من الابل اربعا وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس
وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول ابي يوسف
مع ابي حنيفة رضي الله عنه وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلثون
جذعة وثلثون حقة واربعون ثبة كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفه
وهي الحامل من النوق فتقوله في بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير في كلها الثانية واستدلا
بقوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتل خطأ العمد قليل السوط والعصا وفيه مائة من الابل
اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطأ المحض
فان الابل فيه تجب اخماسا وذلك اي كونه اغلظ فيما قلناه لا نقول اننا وانتم تقولون

تقولون ارباعا ولا يبي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة
من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت منه عليه السلام هذا وليس فيه دلالة على صفة
من التغليظ ولا يدمنه بالاجماع وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ
فان عمر وزيد او غيرهما قالوا امثل ما قالوا وقال علي رضي الله عنه يجب ان لا تأثنته وتثثون
حقة وثلاثة وتثثون جذعة واربعة وتثثون خلفه وقال ابن مسعود رضي الله عنه بمثل ما قلنا ارباعا
والرأي لا مدخل له في المقدار فكان كالرفوع وبصيره معارضا لما روياه وان تعارضا كان الاخذ
بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لا يزداد في الدراهم والدنانير
على عشرة آلاف درهم والدينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح يغليظ في النوعين
الاخرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطأ والى قيمة اسنان
الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطأ يزداد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل
من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد
شرع في الابل لزيادة جنائية وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الحجريين
فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكره في الكتاب ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت
في غيره قياسا لانه يأبى التغليظ لان عمد الانلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة كيلا
يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله
لما بينا من قبل يعني في اول كتاب الجنابات **قوله** والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا اخماسا
قبل منصوب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطأ وقد
اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود رضي الله عنه
عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة
وبه اخذنا نحن والشافعي رح لان ابن مسعود رضي الله تعالى عنه روى عن النبي عليه السلام
انه قضى في قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي رضي الله عنه انه

(كتاب الديات)

أوجب أربعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون
حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الاسماء لكن ما قلنا أخف فكان أولى بحال
الخطأ لأن الخطأ معذور وقوله غيران عند الشافعي رخ استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي
رخ يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه أنه اليق بحال
الخطأ وقوله ومن العين يعني الذهب ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم يعني وزن
سبعة وقال الشافعي رخ من الورق أي الفضة اثنا عشر الفالما روى ابن عباس رضي الله عنهما
أن النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي عليه السلام أنه
قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم فتعارضنا فيحتاج إلى تأويل وذكر المصنف رخ
تأويل ما ذكره الشافعي رخ أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت
الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فبطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين *
أحدهما أنه قال روى عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قضى بعشرة آلاف درهم
ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني إلى عهد عمر رضي الله عنه وذلك تناقض * والثاني
أن وزن ستة يزيد عليه اثنا عشر الف لا يكون التأويل بذلك صحيحا والجواب عن الأول
أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم
صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يوجد من الدراهم
وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه يحتمل
أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريبا وقوله ولا تثبت الدية
الامن هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رخ وقال منها أي من هذه الأنواع الثلاثة يعني
الأبل والذهب والفضة ومن البقر ما ثابرة ومن الغنم الغاشاة ومن الحبل ما ثابرة كل حلة
ثوبان وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة
خمسون درهما قال المصنف رخ كل حلة ثوبان قيل هما زار ورداء هو المختار وقال في النهاية و

وقيل في دينارنا قبص وسراويل وقال فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة رحمه الله عليه ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل وقوله لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها قال ابو يوسف رحمه الله تعالى عن ابي ابي حنيفة عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنده الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الف شاة وعلى اهل الحلة مائتي حلة ولا يبي حنيفة رحمه الله عليه ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدربها ضمان شيء مما رجب ضمانه باثلاف او غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة كما رويناها وعدمناها في غيرها فان قيل فيلحق بها دلالة قلنا لا حتى يثبت انها في معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط اورد هذا شبهة على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله عليه من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة وجه ورودها ان محمد ارحم ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على اكثر من الف شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على ان الاصناف الثلاثة ايضا من اصول المقطرة عنده ايضا وذكر الجواب على وجهين * احدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ولا يرى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آتينا * والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على انها قولهما وحمل بعض مشائخنا على ان في المسئلة عنده روايتين قوله ودية المرأة على النصف من دية الرجل دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للرأي فيه وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث لا يتصفى قال في النهاية الصواب ان يقال

(كتاب الديات)

وقال الشافعي رح الثلث ومادونه لا يتصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول انها تعادل الرجل الى ثلث دينها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حل الرجل وكذلك قال بعده في قول المصنف رح اعتبار ايها وبالثلث وما فوقه الصواب ان يقال اعتبار ايها وبما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد رح في الاصل بلغنا عن علي رضي الله عنه انه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك تأخذتم قال وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه ثلث الدية وما فوقها يتصف ومادونه لا يتصف وبه اخذ الشافعي رح وهذا يصح قول المصنف رح واحتجوا في ذلك بان النبي عليه السلام قال تعادل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثة اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعرابي انت ثقلت الابل جادل مسترشدا وعاقل مستثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي رح وقال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والحجة عايده ما روينا به بعمومه ولان حالها انتقص من حال الرجل قال الله تعالى والرجال عليهم درجة ومنفعتهما اقل لا تتمكن من المتزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان في التخصيف في النفس فكدا في اطرافها وجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع الاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنة يريد به سنة زيد رضي الله عنه فان كبار الصحابة افتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها **قوله** دية المسلم والذمي سواء دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونسائهم كنسائهم في النفس ومادونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح

واضح وقد استدلل الشافعي رح بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة
 وبقوله تعالى افسن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستويون وبقوله عليه السلام المسلمون
 تنكفؤن دماؤهم يدل على ان دماء غيرهم لا تنكفؤ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة
 وبالا نوثه تنقص الدية فبالكفر اولى وبان الرق اثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر
 الموجب له اولى والجواب عن الآيتين ان المراد احكام الآخرة على انهما لا يعارضان
 قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية
 الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهوليس بحجة وعن المعقول
 بان النقصان بالا نوثه والرق من حيث النقصان في المالكية فان المرأة تملك المال دون
 النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك
 في الدية ولا يرتاب احد ان نفس كل شخص اعز مما في يده من المال والذمي يساوي
 المسلم في ضمان ماله اذا اُتلف ففي النفس اولى وان لم يكن لافي المسئلة الا ما روى
 الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
 وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف و
 ما روى عن علي رضي الله عنه لشهرته انما بدلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واما لهم
 كما قالوا ما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه دية الذمي مثل دية المسلم وما روى
 عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام ودى ذميا قتل بمائة بن الابن
 لكان لنا من الظهور في المسئلة ما لا يخفى على احد *

فصل في مادون النفس

أعقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو مادونها **قوله** وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعادة
 ذكر النفس في فصل مادون النفس تمهيدا للذكر ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني في اوائل

(كتاب الديات * فصل في مادون النفس)

الجنائيات ومعنى قوله في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في الكاح حل ومنه قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وقوله وفي المارن الدية يعني فيمادون قصبة الانف وهو مالان منه * كل مالان ثاني له في البدن عضوا كان او معنى مقصود يجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفيتين واليدين وئدي المرأة والاثنتين والرجلين ومنها ما هو اربع كاشفار العينين ومنها ما هو اعماركا صابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعته على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب كل الدية و قيد المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس او آلة الخصي والعين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل واما اذا اتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لا تلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسب مروع كثيرة فان كان جنس المنفعة او الجمال قائما بعضو واحد فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائما باربعة اعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائما بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائما باكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية و كلامه واضح وقوله قيل يتقسم الدية على عدد الحروف يعني على جملة الحروف مما يتعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان * قال في النهاية هي الالف والباء والتاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي

وفي كون الألف من ذلك نظراً لاند من انفسى الحلق على ما عرف فعالم يمكنه انيان حرف منها
 يلزمه ان يخصه من الدية * روي ان رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامر
 ان يقرب ث ث ج فكل ما قرأ حرفاً سقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب
 من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القول الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان افادة
 بعض الحروف وهو ما لا يقتصر الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن الافهام الذي
 هو المقصود لا يتبياً فيجب الامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره اختلف
 طرق التعبير عن معرفته ذهاب هذه الحواس فقبل اذا صدقه الجاني او استخلف على
 البينات ونكل ثبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم
 بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار وطريق معرفة السمع ان يتغافل وينادي فان اجاب
 علم انه يسمع وحكى الناطقي عن ابي حازم القاضي ان امرأة نظارت في مجلس
 حكيه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجاءة غطي عبورتك فاضطربت وتسارعت
 الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس مفتوحة
 العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدفع علم ان الضوء ذاهب وذكر
 المحاموي انه تلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب بصره وطريق
 معرفة الشم ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان نثر علم انه لم يذهب شمه وقوله
 لان كل واحد منها منفعة متصودة يعني ليس فيها استنباع كل واحد منها الآخر بخلاف
 قتل النفس حيث لا تجب الادية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع
 طرفاً آخر وبهذا يندفع ما قيل لومات من الشجة لم يلزمه الادية واحدة فبغوات هذه المنافع
 بدون الموت اولي فان في الموت استبعاد دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن
 عمر رضي الله عنه كما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لاند يفوت به منفعة الجمال
 فالمراد حلق رأس انسان او لحية لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور

(كتاب الديات * فصل في مادون النفس)

النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق وقال فيه حكومة عدل
وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله في الاذنين الشاحصين اي
المرتفعين ومنهما الدفع ارادة السمع وقوله انه يجب فيها كمال القيمة هور وابة الحسن
عن ابي حنيفة رح اعتبارا بالدية في الحرقوات الجمال والتخريج على الظاهر وهو
انه يجب نقصان القيمة وقوله وهو الاصح احتراز عما قال بعض مشائخنا رح يجب فيه
كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوى الخطأ والعمد يعني
كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عدائيل وصورة
حلقها خطأ ان بظنه مباح الدم فحلق الولي لحبته ثم ظهر انه غير مباح الدم قيل موجب
القصاص موجود اذا كان عمدا فما المانع عنه مع الامكان واجيب بان القصاص عقوبة والعقوبة
لا تثبت الا بالنص او دلالة ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح
لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم
في الجراحات وليس فيه امانة ذى الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز
فصا **قوله** وفي العيين الدية الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه
العروق كلها والاشعار جمع شفر بالضم قال المصنف رح يحتمل ان مرادة الاهداب
مجازا ولعله قال ذلك دفعا لتخطية من خطأ محمد رح في اطلاق الاشعار على الاهداب
قالوا الاشعار منابت الشعروهي حروف العيين واطرافها والشعور التي عليها تسمى
الهدب فقال المصنف رح ويحتمل ان مرادة الاهداب فيكون مجازا للمجاورة ذكر
المحل وارادة الحال ويحتمل ان مرادة الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل
والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكر في الكتاب وقوله وهو نظير انقسام
دية اليد على الاصابع يعني ان عشر الدية الواجب بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها
فما فيه ثلث مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه **قوله** الاسنان و

والاسنان والاضراس كلها سواء فالواقفية نظروا الصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال
والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلاثون اربع منها نثايا
وهي الاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان اسفل ومنها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومنها
انياب تلي الرباعيات ومنها ضواحك تلي الانياب واثناعشرة سنان تسمى بالطواحن ستة من كل
جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعد هاسن وهي آخر الاسنان وتسمى ضررس الحلم لانه
ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده
الى معنى الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت اسنانه كلها كانت
عليه دية وثلاثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس في البدن جنس
عضو يجب بتقويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن
على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وقوله لان المتعلق يعني الذي
يتعلق به وجوب كل الدية هو تقويت جنس المنفعة لانوات الصورة فان قيل لانسلم ان
نوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال ايضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين
واللحية وليس احدهما اولي باستتباعه الاخر فيكون المحصر في غير موقعه اجيب بان
الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع الايرى
انه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة
لم تنكامل الجناية من حيث تقويت الجمال فاذا اجتمع جعل الجمال تابعا ايضا لانه اذا
كان تابعا عند الافراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع اولي وقوله لتقويت
جنس المنفعة يعني منفعة النسل وقوله لانه فوت جمالا على الكمال وهو استقامة القامة
فيل في تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب القامة وهي
نزول بالحدوبة والله اعلم بالصواب *

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعاً من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسأله ذكر في فصل على حدة
قوله الشجاج عشرة وجه ذلك ان قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما ان يظهر الدم
اولا الثاني هو الحارصة والاوّل اما ان يسيل الدم بعد الاظهار اولا الثاني هو الدامعة
والاول ما ان يقطع بعض اللحم اولا الثاني هو الدامعة والاوّل اما ان يكون قطع اكثر
اللحم الذي بينه وبين العظم اولا الثاني هو الباضعة والاوّل اما ان اظهرت الجلد الرفيعة
الحائلة بين اللحم والعظم اولا الثاني هو الملاحمة والاوّل اما ان يقتصر على الاظهار
او ينعدي والاوّل هو السحاق والثاني اما ان يكون يقتصر على اغمار العظم اولا والاوّل
هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر على كسر العظم اولا والاوّل هو الهاشمة والثاني اما
ان يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلد التي بين العظم والدماغ
اولا والاوّل هو المقلّة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة
بالغين المعجمه وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا
لاشجة على ما يجيء في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار ان
الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم
بعد ذلك وهو واضح وقوله ولان فيما فوق الموضحة يريد ما هو اكثر شجة منها وهو الهاشمة
والمقلّة والآمة وقوله فيما قبل الموضحة يريد الستة المتقدمة عليها من الحارصة الى السحاق
والمسبار ما يسر به الجرح اي بقدر غوره بحديدة او غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة
ما قبلها وهي الستة المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل و
اما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة وقوله في الجائفة ثلث الدية قال
في الايضاح الجائفة ما يصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنين والاسم دليل عليه

عليه وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مغطرا وما فوق ذلك
 فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لأن
 الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى
 يعني يرجع إلى مأخذ الاشتقاق لمحمد ر ح ذهب إلى أن المنلاحة مشتقة من التخم الشيطان
 إذا اتصل أحدهما بالآخر فالمنلاحة ما يظهر اللحم ولا ينقطع والباضة بعد هال أنها تنقطع
 وقوله وأما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الذقن وقوله وقد يتحقق فيه معنى المواجئة
 قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة
 بالإجماع ولا إجماع ههنا فثبت العبرة للحقيقة وقوله ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين
 مثاله أن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة
 أوجبت نقصان عشر قيمته فأوجبت عشر الدية لأن قيمة الحر دية قال قاضي خان والفتوى
 على هذا وقوله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة بيانه أن هذه الشجة لو كانت
 باضة مثلافاته ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فإن كان مقدارها ثلث الموضحة وجب
 ثلث أرش الموضحة وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة وإن كان ثلثة أرباع
 الموضحة يجب ثلثة أرباع أرش الموضحة قال شيخ الإسلام هذا هو الأصح لحديث علي رضي الله عنه
 فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعيب *

فصل

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة في أصابع
 اليد نصف الدية لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله عليه السلام في كل
 أصبع عشر من الأبل وقوله على ما مر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تقويت جنس
 المنفعة آه وقوله ولا تبع للبع يعني وإذا لم يكن تبعا للأصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة

(كتاب الديات * فصل)

اذلا وجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل
واجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع
فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة وقوله وان قطع الكف من المفصل واضح
وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم اولي من الترجيح من حيث مقدار الواجب
يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة والشرع اما من حيث الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع
واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التثدير
شرعا فهو ثابت بالمص ومالا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص فكان
ما ثبت فيه التثدير نصا اولي فان المصير الى الرأي ضروري ولا ضرورة عند امكان
ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لتقدير الشرع بصالم يفرق
بين ان يكون الباقي من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع الواحدة ارش مقدر فيجعل
الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذلك المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له
ارشامته او ما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله وفي الاصبع الزائدة
حكومة عدل يعني سواء قطع عمدا او خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة او لا اما اذا
لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له
ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة
حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة ارش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة واما اذا كان له
اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقيا شرط جريان القصاص ولم توجد لما قلنا ان
الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحرز والظن
فلا يتبين ثم وقوله لانه جزء من يده واكن لا منفعة فيه ولا زينة قيل عليه انه منقوض بما
اذا كان في ذن رجل شعرات معدودة وازالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب فيه
حكومة عدل وان كان الشعر جزء من الادمي بدليل انه لا يحل الانتفاع به واجيب بان

بان ان الجزء الآدمي لما توجب حكومة عدل اذا بقي من اثره ما يشيند كما في قطع الاصبع الزائدة وازالة الشرعات تزينة لا تشينه فلا توجبها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه وقوله وكذلك السن الشاغية اي الزائدة لما قلنا يريد به قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف نبتها نبت غيرها من الانسان يقال رجل اشغى وامرأة شغواء فانها وان كانت زائدة فهي نقصان معني وقوله والظاهر لا يصلح حجة للالزام انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى ان دلوا عنق صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يتناخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله ويجزيه رضيع **قوله** ومن شح رجلا فذهب عقله او شعر رأسه في هذا بيان ان الجزء قديد دخل في الكل **قوله** فصار كما اذا اوضحته فمات يعني من حيث ان ذهاب العقل في معني تبديل النفس والحاقه بالبهائم او من حيث ان العقل ليس في موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمقتدر اليه لكونه معلوما وقوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده **قوله** وجوابه ما ذكرناه قبل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول وقوله قالوا يعني المشائخ هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال في النهاية ذكر ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رحمه الله وقع سهو الكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي ان يذكر محمد ارحم مكان ابي يوسف رح كما هو في الايضاح ولا يذكر احدا اصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي ذكرناه انا كان خطأ واما اذا كان عمدا فيجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر عند ابي حنيفة رح وعندهما يجب التصاص في الشجة

(كتاب الديات * فصل)

والديّة في السمع والبصر وقوله وجه الاول هـ ران ارش الموضحة لا يدخل في الديّة الواجبة بذهاب
السمع والبصر والكلام وقوله على ما بينا يعني قوله لان بنوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء
وقوله وجه الثاني يعني قوله وعن ابي يوسف ر ح ان السمع والكلام مبطل قيل يراد به بينه
الكلام النفسي بحيث لا يرسم فيه المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق
وبين ذهاب العقل عسير اجدوا ان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات فغني جعله مبطلناظر وقوله
وقالوا يعني المشائخ اي ذل المشائخ ينبغي ان تجب الديّة فيهما اي في العينين والارش في الموضحة
وقالوا في الموضحة القصاص قالوا يعني المشائخ اي قال المشائخ ينبغي ان تجب الديّة في العينين
وقوله لهما في الخلافة اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناها فلا يجب في الموضحة
القصاص وفي العينين الديّة وله اي لابي حنيفة ر ح ان الجراحة الاولى سارية والجراحة التي
تعمل قصاصا فلا تكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثالا لاولى ولا قصاص
بدون المماثلة ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة اي الثابتة حالة الشج وكذا المحل اي
محل الجنيتين واحد من وجه لا اتصال احدهما بالآخر ونهاية الجناية لم توجب القصاص
بالاتفاق فتورث الشبهة في البداية نظر الى اتحادهما وقوله بخلاف النفسين جواب عن
قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذلك اننا جعلنا
الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من سراية الاولى وهما ليس كذلك فان السراية
انما تكون بتعاقب الآلام وهما لا يتحقق في شخص واحد وقوله وبخلاف ما اذا وقع السكين
على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاضرب السكين ووقع على اصبع
اخرى فقطعها يقتضى لاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه ان القطع
الثاني انما لم يورث الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود وما ذهاب العين بالسراية فليس
بفعل مقصود فقوله لانه ليس فعلا مقصودا الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا
التوجيه يندفع ما قال في النهاية ان في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظروا ان الصواب ما ذكره في

في الذخيرة انه مقصود ولكن ليس من اثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف رح فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني وقوله وقالوا زفر رح تركب غير جائز ولو قال وقال فيها وزفر رح كان صوابا وقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا يريد قوله ومن شجر رجلا مضمضة فذهبت عيناه الى آخره وقوله انه يجب القصص فيهما اي في الشجرة وذهاب البصر فرق محمدر رح على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجرة وبين ذهاب السمع منها فوجب القصص فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصص فكذلك بسراية الموضحة وقوله بخلاف الخلافة الاخرية يعني قوله وان قطع اصبعنا شلت الى جنبها اخرى وقوله الا ترى ان الشجرة بقيت موجهة في نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند ابي حنيفة رح والقصص في الموضحة والارش في العينين عندهما وقوله فتأكلنا اي صارتا واحدة بالاكل فهو على الروايتين هاتين اي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمدر رح يعني لا قصص على المشهورة وفيهما القصص على رواية ابن سماعة وعن ابي يوسف رح انه اذا قلع سن بالغ فنبت مكانها اخرى تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم به هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله فنبت سن الاول يعني بغير اعوجاجه وان نبت معوجا تجب حكومة عدل وقوله ولهذا يستأنى حولا اي يؤجل سنة بالاجماع وقال في التيممة حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قاله المصنف رح لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق بيدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل

(كتاب الديات * فصل)

القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى
بنا في الإجماع **قوله** فاختلفا قبل السنة أي قال المضروب إنما سقط سنني بضربك وقال
الضارب بسبب آخر وقوله ليكون التأجيل مفيدا يعني أن التأجيل إنما كان لتظهر
عاقبة الأمر فلم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله وإن اختلفا في ذلك أي
في سقوط السن بعد السنة وقوله سنين الوجهين أي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه
حكومة الألم وقوله يجب الأرض يعني كاملا وقوله لماد كرتا يعني قوله لأنه لا يمكنه أن
يضر به ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما إذا كانت السن من الأضراس التي لا ترى أو
من الأسنان التي ترى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فإن كانت من
الأضراس التي لا ترى فالمعتبر في وجوب كمال الأرض فتد منقعة المضغ بالأسود دون
الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وإن كانت مما يرى فالأمر بالعكس ولم يذكر
الاصفرار وهو كالأسود عند بعض المشائخ يجب كمال الأرض وعند آخرين حكومة العدل
لأنه لم يفوت جنس منقعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان
في بعض الإنسان وإنما تمكن فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والأسود
لأنه لا تكون لون الأسنان بحال فكان مغفورا للجمال على الكمال إذا كانت بادية **قوله** ومن
شج رجلا فالتحمت كلامه ظاهر وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو الموعود
قبيل هذا بقوله وسنين الوجهين بعد هذا وقوله إلا أن أبا حنيفة رحمه يقول إن المنافع إلى آخره
جواب عن قول أبي يوسف رحمه فالألم الحاصل ما زال وعن قول محمد رحمه إنما لزمه
أجرة الطبيب ووجهه أن تحمل الألم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على
أصلنا لا تتقوم إلا بعقد كالأجرة الصحيحة والمضاربة الصحيحة أو شبهته كالأجرة
الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء في حق الجاني فلا يغرم شيئا وقوله ومن
ضرب رجلا يعني إذا ضرب رجلا فجرحه فبرئ منها وبقي أثر الضرب فعليه إرضاءه وإن

وان لم يجزجه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اثره فهو على اختلاف قدم مضى في الشجة
 الملتصقة به وسط الارش عند أبي حنيفة رح وجوب ارش الام عند أبي يوسف رح وجوب
اجرة الطبيب عند محمد رح وقوله لان الجنانية من جس واحد لكون كل واحد منهما خطأ
وقد تقدم اقسام هذه المسئلة وقوله من جر رح جلا جراحة واضح وقوله لانه مال وجب بالقتل
ابناء يعني لا يعقد يحدث بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمدا كان حكمه قد علم من
الطائفة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي رح وقوله لاسبما الى زيادة يعني المعجل فانه زائد
على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف فالحجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة
على ما اوجبه الشرع والمالم يجز التعليل باعتبار العمدية قدر الاجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله لما رويما
يعني قوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله عمدة اي عمد كل واحد منهم
وقوله وايضا تجب الكفارة به اي بالمال وانما يفيد بدلانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب
عليهما وقوله ويكره من الميراث على اصله اي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة
وحرمان الميراث على اصل الشافعي رح لانهما يتعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما مطالبان بموجب
القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما احد حكمي القتل وهو النصاص ينسحب عليه الحكم الآخر
 وهو وجوب الدية في ماله ان الاصل ذلك *

فصل في الجنين

عقب احكام الاحزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي هو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام واذا
 ضرب بطن امرأة فالقتل جنينا ميتا فية غرة وهي نصف عشر الدية غرة المال خيارة كالغرس والبعر
 النجيب وسمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء
 اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف رح معناه اي معنى قوله
 نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكور وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما

(كتاب الديات * فصل في الجنين)

خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف والقياس
وهو قول زفر ر ح ان لا يجب شيء لانه لم يعلم حيوته يقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل
هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الانتقصان الام ان تمكن ووجه الاستحسان
ما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبدا وامة قيمته خمسمائة ويروي او
خمسمائة فتركنا القياس بالانر روي الامام المحبوبي ان زفر ر ح سئل عن هذه المسئلة
فقال فيه غرة عبدا وامة فقال السائل ولم والحال لا يخلو من انه مات بضربه او لم ينفخ فيه
الروح فان مات بضربه تجب دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت
زفر ر ح فقال له السائل اعتنك سائلة فجاء زفر ر ح الى ابي يوسف ر ح فساله عنه
فاجابه ابو يوسف ر ح بمثل ما اجاب زفر ر ح فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال التعبداني
ثابت بالسنة من غير ان يدرك بالعقل وهذا دليل على ان قول زفر ر ح هو وجه الاستحسان
وقال في الدخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفا ويحتمل انه رجع من احدهما الى الآخر
والحديث المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قبل وانما بين
الشارع القيمة اشارة الى ان الحيوان لا يثبت في الدمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار
صفة المالية وقوله اذا كان خمسمائة درهم قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت
قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الصارب مطلقا من غير
تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل
اذا كانت خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة وقوله في ماله اي مال الصارب لانه بدل
الجزء اي جزء الادمي فصارت قطع اصبع من اصابعه وقوله دوة اي ادوا ديته امر مخاطب
من الودي وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحين قال
كنت بين جارين لي فضربت احدهما بطن صاحبته بعدد فسطا او بمسطح خيمة

خيمة فالتقت جنيناً ميتاً فختصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام
 للارلاء الضاربة دوة فقال اخوها اندي من لاصاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل
 دمه بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واراجيز العرب قوموا
 فدوة الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العواقل جواب
 عما يقال الحد يث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قبدتم بقولكم
 اذا كان خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر وقوله لان بدل العضو اذا كان
 ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها او اكثر
 وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد اذا كان الاقل من ثلث
 الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر من ثلث او بدلا منه ولعل العطف
 بالواو يفيد ذلك ايضا وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بنفيد لانه لو كان نصف
 العشر كان الحكم كذلك وقوله بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها طلى من وجب يجب
 في ثلث سنين صورته ان يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد
 منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين على ما سيجي في المعادل ان شاء الله تعالى وقوله ويستوي
 فيه اي في وجوب قدر الغرة فانه عبدا وامة قيمته خمسمائة لطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام
 في الجنين غرة عبدا وامة قيمته خمسمائة درهم وقوله ولان في الحسين دليل معتول على
 النسائي بين الذكر والانثى واراد بالحسين تشبيه الحي الولدين المفصلين الذكر والانثى
 ومعناه انما ظهر التفاوت بين الذكر والانثى في الولدين المفصلين في الدية لتفاوت
 معاني الادمية في المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا وملوكة نكاحا
 فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الادمية وهو معدوم في الجنين فيقتدر بمقدار
 واحد وهو خمسمائة وقوله فان القته حيا ثم مات اول الاقسام الاربعة العقلية المحاصلة
 من موت احدهما بعد الضرب وهي ان خروج الجنين من الام اما ان يكون في حال

(كتاب الديات * فصل في الجنين)

حيوتيهما اوفي حال مماتهما اوفي حال حيوة الام وممات الجنين اوعلى العكس والاقسام
مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك
ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ
فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة
في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه
لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح
والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق
بذلك لاقيا سا ولا دلالة فبقي على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان **قوله** وما يجب
في الجنين موروث عنه كلامه واضح وقوله وفي جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل
من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان اثنى وطريق ذلك
ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيبته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف
عشر ذلك ان كان ذكرا وعشرة ان كان اثنى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى
والمغرور لانه لو كان منهما لمزمت الغرة لكونه حرا فلوضع الجنين ووقع النزاع في القيمة
والقول المضارب لانكار الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكوره وانوته يؤخذ بالمتيقن
قوله لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور نقصان يعني في الاصل الا يرى انه اذا
قلع السن فثبت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واحب وان لم يظهر
في الام نقصان فدل على ان وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية فيقدر بها اي بقيمة
نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وقال ابو يوسف رح هذا غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف رح
قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو
الظاهر من قول ابي يوسف رح وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها
نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله فنظرنا الى حالتي السبب

السبب والتلف يعني اوجبا القيمة اعتبار الحالة الضرب واوجبا قيمته حيا لا مشكوكا في حيوته اعتبار الحالة التلف لا يقال هذا اعتبار لحالة التلف فقط اذا الواجب في تلك الحال ايضا قيمته حيا الجواز ان لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هـاك بل تجب الغرة وقوله ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا ثمان مائة درهم يجب على الضارب ما تئاد درهم وقوله على ما ند كر بيانه بعد هذا يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسألة ومن قطع يد عبد فاصتقه المولى ثم مات من ذاك وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة اي الكاملة بالنص فلا تعد بها الى غير المطلقة هو الجنين لان القياس لا يجري في العنوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا ترى انه لم يجب كل البذل والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح *

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا والاول اولى بالتقديم امالا انه قتل بلا واسطة واما الكثرة ونوعه **قوله** ومن اخرج الى الطريق الا اعظم كتيفا الكنيف المستبرح * والميزاب معروف * والجبرص قبل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرج الانسان من الحائط ليني عليه * العرض بالضم الناحية قبل المراد به ههنا بعد الناس منزلة اي اضعفهم وارذلهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلثة اشياء * في اباحة العمل * وفي الخصومة * وفي ضمان ما يتلف به والمبدوء به في الكتاب الخصومة وتعرض للترع ولم يتعرض للمنع وفيه خلاف بين العلماء قال ابو حنيفة رح لكل واحد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيرة فلكل واحد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف رح وقال محمد رح ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام

(كتاب الديات * باب ما يحدثه الرجل في الطريق)

واما الخصومة في الرقع فالمذكور في الكتاب قول ابي حنيفة ر ح وقال ليس لاحد ذلك اما
علي قول محمد ر ح نظاهر لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفعه احد واما ابو يوسف ر ح
فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه فالذي يحدث يريد ان يجعله في بدنه
خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في بدنه فالذي يخصمه يريد ابطال بدنه من غير دفع الضرر
عن نفسه فهو منعت واما وجه قول ابي حنيفة ر ح فهو المذكور في الكتاب وقوله ويسع
للذي عمله بيان الاباحة هو ظاهره قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي
لا ابتداء ولا جزاء يعني منع ديار عن مقدار حقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة
وهو ان تضر من ضرر وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافدا واما اذا كان
غير نافذ فقوله وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بتأذيان لذلك والدرب الباب
الواسع على السكة والمراد به السكة هيئته وقوله لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال
فخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعله الملك فقد يتنذو هي مملوكة
وقد يسد متنذوها وهي العامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل
به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كانوا امتلازقين او
لم يكونوا وقوله واذا اشرع في الطريق روشنا وهو المر على العلويان لوجوب الضمان وقوله
مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرح من وقوله فالضمان على الذي
احدته فيهما يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه
الحالة والمدفوع كالألة وقوله وان سقط الميزاب هذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان اصابه
الطرف الداخل او الخارج او اصابه جميعا وعلم بذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه
والجملة المذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله لانه ليس بتائل حقيقة يعني ان الكثرة وحرمان
الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والساوى الملك غيره كما في الرمي
فيل ان كان قتل حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكثرة وحرمان وان لم يكن

(كتاب الدبائ * باب ما يحدنه الرجل في الطريق)

لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي صيانة
للدماء عن الهدر وقد تحقق باحدائه في الطريق مالم يس له ذلك واما الكفارة والحرمان فيعند ان
القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبار الاحوال يعني نعلم بيقين انه قتل
الجراحة ولا نعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج
فعليه الضمان فيجعل كأنه حصل بالطرفين وقوله ولو اشرع جنا حائظا هو قيل المشتري ايضا
متعد بترك الدفع مع امكانه شرعا واجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او النسب
ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به
النسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب واستشكل ايضا بالحائظ المائل اذا تقدم
انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان
على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب ان صيرورة صاحب الحائظ
ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق
المسلمين تعدوا ولم يزل بالبيع وقوله ولو حركته اي الجمر قبل فيه تلويح الى ان الريح ان هبت بشررها
فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض
اصحابنا رح وقوله وقيل اذا كان اليوم ربحا بضمنه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح والاول
اعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني رح وقوله وقد افضى اليها هي الى
عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح وقوله ولو امكن جرب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل وهو على
وجوه ان قال المخرج للفعلة اخرجوا جنا حائظا فناء داري فان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير
ما قال ففعلوا فستطوا صاب شيئا قبل الفراغ من العمل او بعده فالضمان عليهم ويرجعون
على الامر به قياسا واستحسانا لانه وجب بامره فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو اسأ جريذ يبع
شاة له ثم استحققت بعد الذبح فلم يستحق ان يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الامر وان
قال اشرعوا جنا حائظا فناء داري واخبرهم ان لاحق له في ذلك او لم يخبرهم ففعلوا فستط

كتاب الدييات * باب ما يحد منه الرجل في الطريق

واتلف شيئاً قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الأمر قياساً واستحساناً
وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه امرهم بما لم يملك مباشرة بنفسه
وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جارية فذبح
ثم ضمن الذابح للجارية لم يرجع به على الامر وفي الاستحسان يحكون الضمان على الامر
لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء مملوك له من وجه عليي معنى انه باح له الانتفاع
بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا تجوز له بيعه فمن حيث
الصحة يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان
على العامل قبل الفراغ منه عملاً بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من
اظهارها قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما
يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل وقوله لانه صح الاستيجار يعني بالنظر الى ان له
ان ينتفع بفناء داره فبالنظر الى هذا كان امره معتبراً ووقع فعلهم عمارة واصلاحاً فانتقل
فعلهم اليه فكأنه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه تقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به
وقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك يعني الصب والرش والوضوء وقوله كما في الدار المشتركة
يعني ان له بفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته وقوله
لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله في فناء حانوته
قبل الفناء معة امام البيوت وقبل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة
وكسر الحطب وقوله فتعقل اي نسب وتعلق بالبناء وقوله يجب الضمان على الامر
لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجبر ان الفناء لغير الامر ولم يعلم وفي الجامع للإمام المحبوبي
ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجبر بحسب انه للمستأجر
حيث قال وان استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء
لغيره فان كان الاجبر عالماً به فالضمان على الاجبر وان لم يعلم الاجبر ان الفناء للغير

للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قوله ومن حفر بئر في طريق المسلمين كلامه واضح والبلوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأي افتعال من الفتوت وهو السبق وقوله وكذا الجواب على هذا التتصيل يعني انه لو فعله بامر من له الولاية في الامر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمنه وقوله ما ذكرناه يعني من اول الباب الى ههنا من اخراج الكيف والميزاب والجرح وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وقوله وغيره يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الطلثة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وقوله وكذلك ان حفرة في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امره الامام فحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفرة في ملكه وان لم يأذن له الامام وقوله وكذا اذا حفرة في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جازله ذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر بان لا يضر لاحد واذن له الامام اما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا يعني هذا الجواب وهو ان يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا وغماي الخناقا بالعقوبة قال في الصحاح يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يبتوهم من تقديم قول ابي حنيفة رح انه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فان الفتحة معه الا يرى انه لو حبس رجلا في بئر حتى مات غما فانه لاضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لان اثر فعله وهو العمق اثر في نفس الواقع فلا بد من اثر من الوقوع لوجوب الضمان وقوله وان استأجر اجراء فحفر وهاله في غير فئانه يعني بان كان الفناء للغير او طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما ان يعلموا انها في غير فئانه اولا فان كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا وذلك يكفي لنقل الفعل الى الامر لانه لو توقف

(كتاب الدييات * باب ما يحدنه الرجل في الطريق)

على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة و بالناس
حاجة الى ذلك فتقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله لانهم
كانوا مغرورين دليل قوله ولا شيء على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهر او كون
المأ مور مغرورا كالامر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا ان هناك بضمن المأ مور
ويرجع على الامر لكونه مباشرا وكون الامر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع
للمغرور وههنا يجب على المستأجرا ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد
والمستأجر متعد فترجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر
بما ليس بمملوك له فلا ينتقل فعلهم اليه وليسوا بمغرورين فينتفى الضمان عنهم فبقي
الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون
المأ مور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل
الماسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطول بالفرق بين هذه المسئلة
وبين الامر باسراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الامر
وههنا لم يضمنوا اصلا والجمهور ما اشار اليه المصنف رح في ذبح شاة غيره ان الذابح
مباشر والامر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها وقوله وان
قال لهم هذا فائني ظاهرا وقوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني
قوله لانطلاق يده في التصرف الى آخره فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا
الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل
ان يكون مراده ليس لي ذلك في التقديم وهكذا الغلط المبسوط فيكون الصريح مشترك
الدلالة فلا يعارض الدلالة **قوله** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام كلامه واضح وقوله
لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة تعديا ما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهرا وما بناء
القنطرة فلان الباني فوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطير على الانهار والعظام من

من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جنابة بهذا الاعتبار والجنابة تعدل محالة وقوله وهذا اللفظ يعني به قوله فعطب به انسان فهو ضامن بشتل وجبين وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشتل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن بشملهما والفرق بين العبارتين بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رح نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله فيخرج بالتيقيد بما ذكرناه يعني بوصف السلامة وقوله ما لا يلبسه عادة يعني مثل اللبد والجوارق ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعه عن محمد بن احمد عن عموم البلوى به وقوله للعشيرة يعني اهل المسجد وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد وقوله كنصب الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف رح قال ابو الليث رح وبه تأخذا لا ان ينصب شخصا والقوم يريدون من هو صالح منه ويجوز ان يكون المصنف رح اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة وقوله وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهلها فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغبرهم ان يكرر الجماعة وقوله قصد القربة لاينا في الغرامة جواب عن قولهما لان هذه من القرب وقوله كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطأ الطريق فان شرطها ان يكون الشهود اربعة ممن تسمع شهادته فاذا نقصت انقلبت قدفا واستوجب الحد **قوله** وان جلس

(كتاب الديات * باب ما يحدث الرجل في الطريق)

فيه رجل منهم فغط به رجل وان جلس في المسجد رجل من العشرة فغط به رجل
فاما ان كان في الصلوة اولم يكن فيها فان كان في الصلوة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلوة
فرضا او نفلا لان النقل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا غير هاضم
عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم اي لتعليم
الفتية والحديث او للصلوة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر
فيه مارا او قعد فيه لحديث قال المصنف رحمه الله تعالى هذا الاختلاف وهو اخبار بعض اصحابنا
واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اخبار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها
خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولنا قل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان
في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان
في غير الصلوة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف رحمه الله تعالى
بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يغيد اتفاق المشائخ على ذلك وليس
كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على
هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله لهما ان المسجد
انما يبنى للصلوة والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه
يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله تعالى وانتم عاكفون في المساجد وقوله ان المسجد انما يبنى
للصلوة لان المسجد موضع السجود الا يرى ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج
القاعد فيه المشغول بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضوعة الاصلي دون العكس وما عرف
الناس المسجد الا لاجل الصلوة فيه ولا دلالة لما ذكر من الآيتين على ما سوى الاذن
والعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلوة مسلم لكن لا بد من التفرقة
بين الموضوع الاصلي وما الحق به والباقي واضح * فصل

فصل في الحائض المائل

مَا كَانَ الْحَائِضُ الْمَائِلُ يَنَاسِبُ الْجَرَمَ وَالرُّوشْنَ وَالْجَنَاحَ وَالْكَنِيفَ وَغَيْرَهَا الْحَقَّ مَسْأَلَةٌ دِيَّةٌ فِي فَصْلِ عَلَى حَدِّ قَوْلِهِ إِذَا مَالَ حَائِضٌ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةً فِي هَذِهِ الْمَسْئَلَةِ بِوَجْهِ الْقِيَاسِ وَلَمْ يَوْجِبِ الضَّمَانَ وَعُلَمَاءُ نَا اسْتَحْسَنُوا الْجَبَابِ الضَّمَانَ وَهُوَ مَرْوِي عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَشَرِيحٍ وَالنَّخَعِيِّ وَالشَّعْبِيِّ وَغَيْرِهِمْ مِنَ التَّابِعِينَ وَالْوُجُوهُ مِنَ الْجَانِبِينَ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ وَقَوْلُهُ وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍ يَتَحَمَّلُ لِدَفْعِ الْعَامِّ كَالرَّمِي إِلَى الْكُفْرَانِ تَنَرُّسُو بِالْمُسْلِمِينَ وَنَطْعُ الْعُذُولِ لَأَكْثَرِ عَدُوْفٍ هَلَكَ النَّفْسُ وَقَوْلُهُ وَتَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ الْعَاقِلَةُ لَا تَحْتَمِلُ حَتَّى تَشْهَدَ الشُّهُودَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ عَلَى التَّقَدُّمِ إِلَيْهِ فِي النِّقْضِ وَعَلَى أَنَّهُ مَاتَ مِنْ سَقُوطِهِ عَلَيْهِ وَعَلَى أَنَّ الدَّارَ لَا تَدْلُ الْكَوْنَ الدَّارِ فِي بَدَةِ ظَاهِرٍ وَالظَّاهِرُ لَا يَسْتَحِقُّ بِهِ حَقٌّ عَلَى الْغَيْرِ وَقَوْلُهُ وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ صَاحِبُ الْحَقِّ لَصَاحِبِ الْحَائِضِ أَنْ حَائِضُكَ هَذَا مَخُوفٌ أَوْ يَقُولَ مَائِلٌ فَانْقُضَ أَوْ أَهْدَمَهُ حَتَّى لَا يَسْتَقْطُوا بِتَلْقُ شَيْئًا وَلَوْ قَالَ يَنْبَغِي أَنْ تَهْدِمَهُ فَذَلِكَ مَشْهُورٌ وَيَشْتَرِطُ أَنْ يَكُونَ التَّقَدُّمُ مِنْ صَاحِبِ حَقٍّ كَوَاحِدٍ مِنَ الْعَامَّةِ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ أَمْرًا أَنْ مَالَ إِلَى طَرِيقِهِمْ وَوَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ السَّكَنِ الْخَاصَّةِ أَنْ مَالَ إِلَيْهَا وَصَاحِبُ الدَّارِ وَسُكَّانُهَا مَالَ إِلَيْهَا وَأَنْ يَكُونَ إِلَى مِنْ لَدُنْهُ وَلَا يَتَغَرَّبُ حَتَّى لَا يَتَقَدَّمَ إِلَى مَنْ يَسْكُنُ الدَّارَ بِاجَارَةٍ أَوْ عَارَةٍ فَلَمْ يَنْقُضْ حَتَّى يَقْطَعُ عَلَى الْإِنْسَانِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ وَقَوْلُهُ وَالشَّرْطُ هُوَ التَّقَدُّمُ دُونَ الْأَشْهَادِ حَتَّى لَوْ اعْتَرَفَ صَاحِبُهُ أَنَّهُ طَوَّلَ بِنِقْضِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَأَنَّ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ لَا تَحْتَمِلُ هُوَ لَا كَعَمَلِهِ أَيْ فَعَلَ الْوَصِيَّ وَالْأَبَ وَالْأُمَّ كَفَعَلَ الصَّبِيِّ وَالتَّقَدُّمُ إِلَيْهِمْ كَالْتَّقَدُّمِ إِلَى الصَّبِيِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ فَإِنْ قِيلَ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمَّا هُدِرَ الْقَتْلُ بِسَقُوطِ الْحَائِضِ إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ بَعْدَ التَّقَدُّمِ إِلَى الْأَبِ وَالْوَصِيِّ أَجِيبَ أَنَّ التَّقَدُّمَ إِلَيْهِمَا جَعَلَ كَالْتَّقَدُّمِ إِلَى الصَّغِيرِ مَا دَامَتْ وَلَا يَنْتَهِيَا بِأَقْبَةِ وَقَدْ زَالَتْ بِالْبُلُوغِ فَصَارَ كَأَنَّ التَّقَدُّمَ لَمْ يَوْجِدْ فِي حَقِّ الصَّغِيرِ ثُمَّ انْهَمَا فِي تَرْكِ

(كتاب الديبات * باب ما يحدثه الرجل في الطريق * فصل في الحائط المائل)

اليدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقص بعد التقدم اليه الحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك النقص دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة النقص وبنائه ثانيا وفي النقص دفع مضرة موهومة لجواز ان لا يستطاع وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله في عنق العبد يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكننا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالحجر عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله لان الاشهاد على المولى من وجه اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقبته ونصرته والعبد خصم من جهته الا يرى انه لو ادعى انسان حقا في دار يبد ما ذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند ابي حنيفة رح للمولى ان يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان النفس تقدما الى المولى لما ذكرنا فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر وقوله يصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئا ما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقص فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ والجواب ان الاشهاد على جماعتهم متعذر عادة فلولم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع وقوله فطوب لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط القليل الثاني لان التفريغ عنه اي القليل الاول برفعه مغرض الى اوليائه لانهم الذين يتولون

كتاب الدييات * باب ما يحدثه الرجل في الطريق * فصل في الحائض المائل

يتولون دفنه وطولب بالنرق بينها وبين ما اذا وقع الجناح على الطريق فتعثر انسان
 بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالتبيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح
 واجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه القاه بيده عليه فكان
 حصول التبيل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن التقي شيئا
 في الطريق كان ضامنا لما عطب به وأن لم يملك تعريض الطريق عنه بخلاف مسألة الحائض
 فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالثاقل
 بترك النقض في الطريق مع القدرة على التعريض والترك مع القدرة وجد في حق النقض
 لافي حق القتيل فادلك جعل فاعلا في حق القتيل الاول لافي حق القتيل الثاني وبهذا
 يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا وقوله فسقطت يعني الجرة بسقوط
 الحائط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على
 ملكه وهو لا يكون متعد يا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا او غير مائل كذا في المبسوط
 وقوله فعليه اي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله وله اي لابي حنيفة ر ح
 ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الجائط والعمق المقدر يعني في البئر لان
 اصل ذلك اي اصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو القليل اي
 ذلك الاصل يعني ان الجزء البسيط ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلة
 واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك الا يرى انه
 لو اشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خدس الدية فيترك
 الاشهاد في حق الباقيين لايزداد الواجب على من اشهد عليه وعلى هذا تخرج مسألة البئر
 فيقال لما اجتمع في حقه معيان احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره
 والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعبر جنسا والمهدر جنسا
 فيلزمه نصف الضمان ولا يبي حنيفة ر ح ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه

(كتاب الديات * باب جناية البهيمة والجناية عليها)

ضمنان الثلثين وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما مر في عقرا الاسد ونفيس الحية
وجرح الرجل وقوله الا ان عندا لمزاحمة اصيف الى الكل لعدم الاولوية واذا اضيف الى الكل
وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد
فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبرا أحدهما واهدر الآخر *

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة
مما لا يحتاج الى بيان قوله لما وطأت الدابة الصحيح لما وطئت الدابة ويقال يجوز ان يكون
مفعولا الايطاء محذوفين وتقديره وطأت الدابة يدها او رجلها اسانا فيكون من باب
فلان يعطي وقوله ما اصابته بدل من قوله لما وطأت الدابة والكدم العض بمتقدم الاسنان
والخطب الضرب باليد والصدم هوان تضرب الشيء بجسده ومنه اصطدم الناس
اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه ويقال نفخت الدابة الشيء اذا ضربته بحذافرها * واعلم
ان جناية الدابة لا تحلو من اوجه ثلاثة لانها اما ان تكون في ملك صاحبها او في ملك
غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا او مشتركا متساويا
او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها معها او لا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها
واقنة كانت الدابة او سائرة وطئت يدها او رجلها او نفخت او كدمت وان كان الاول
فاما ان يكون سائقا لها او قائدا واما ان يكون راكبا عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها
في الوجوه كلها اتلفت نفسها او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله
بالمثل في بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي
في ابقاف الدابة او تسيرها في ملكه وان كان الثاني وهي تسير فان وطئت يدها او رجلها
ضمن وان كدمت او نفخت يدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه

في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للانلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالملتف فكأنهما
وطأة جميعا والمباشر ضامن متعد يا كان اولم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد * وان كانت الجنابة
في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه
على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء
كان معها سائقها او فائدها او ركبها او لا واقفة او سائرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد ان ليس له
ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير غير انه وان كانت في طريق المسلمين وقد وقفها صاحبها
فعليه ضمان ما اتلفت في الوجوه كلها لانه بالايقاف مسبب متعد ان ليس له شغل طريق
المسلمين بالايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون صاحبها معها اولم يكن فان لم يكن
فاما ان سارت بارساله او اتلفت فان كان الاول ضمن ما اتلفت ما لم يتحول عن جهة
الارسال بمنة وبسرة لان ارساله بلا حافط سبب للانلاف وهو فيه متعد وان كان الثاني فلا ضمان
عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت رابعا كان او سائقا او قائدا الا النفخة
بالرجل او الذنب لانه مباشر او مسبب متعد والغرض من هذه الاسباب بيان قول المصنف رح
الراكب ضامن لما وطأت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا
لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب ان استقام في قوله ما اصابته بيدها او برجلها لا يستقيم
في قوله او كدمت او خبطت او صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر آنفا وكرر الاصل
الذي تبني عليه هذه الفروع فقال والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط
السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس
اما انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته فالحجر
عن ذلك حرج وهو مدفوع واما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو في الاحتياج
فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا قلنا
باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واصححة وقوله والمرتد في ان كرا

(كتاب الديات * باب جنابة البهيمة والجنابة عليها)

يعنى في موجب الجنابة كالراكب لان المعنى اى المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف
في الديابة بالتسير على ما اراد لا يختلف لانها في ايديهما وحت تصرفهما وقوله ثم هو يعنى
الا يتاف اكثر ضررا بالمارة جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السر لكنه
مثله في كونه تصرفا في الدابة فيلحق به ووجهه انه اضرمه لما انه اى الايقاف اذوم من السير
فلا يلحق به وقوله والسائق ضامن لما فرغ من بيان احكام الراكب بين احكام السائق والقائد
وقوله والماراد النفخة اى من قوله لما اصابته بيدها او رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به
الوطى فانه يوجب الضمان على السرائق والقائد بلا خلاف لاحد فيه وقوله واليه مال بعض
المشاخ يعنى العرايين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعنى بابعاد الدابة عن المتلف او بابعاد
عنها وقوله وقال اكثر المشاخي يريد مشاخي ما وراء النهر وقوله ما ذكرناه يعنى قوله فلا يمكنه
التحرز عنه وقوله وقوله عليه السلام الرجل جبار معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هذر
ومعناه النفخة بالرجل لان الوطى مضمون بالاجماع وقوله وانتقال الفعل جواب عن قول
الشافعي رح لان فعلها مضاف اليهم يعنى ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح
لان هناك الانتقال بتخويف القتل وهما تخويف بالضرب فلا يلحق به قبل وفيه ضعف لانه لم يقل
بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على اصل آخر وهو ان سير الدابة مضاف الى راکبها ولا كلام
فيه وانما الكلام في النفخة ومع ذلك لا يخلو من ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة
عليه ما ذكرناه وهو قوله عليه السلام الرجل جبار واتى برواية الجامع الصغير لا شتمها على
الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله ما ذكرناه اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ما ذكرناه
اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وقوله لان كل ذلك سبب الضمان يعنى
لان كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب
ضمان ما اتلف بالوطى وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى
الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان مسببا

(كتاب الديات * باب جنابة البهيمة والجنابة عليها)

مسبباً لا يعمل في التلف عند انفرادة كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة
وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه **قوله** واذا اصطدم فارسان فماذا اصطدم فارسان
اي ضرب احدهما الآخر بنفسه وحكم المشي حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً
في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان
وتدروني عن علي رضي الله عنه كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني
قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الى آخره وفيه بحث من وجهين * احدهما
ان الخصم ايضا برجم جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح * والثاني ان ما ذكرتم
قياس والقياس يصلح حجة ولم يصلح مرجحاً والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض
بالواقع في البئر بمشبهه فيكون فاسداً وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة
وقوله وفيما ذكر جواب عن المسائل المذكورة في جهنهما وذلك لان الفعل لما كان محظوراً
كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه الضمان في حق
نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية وما فيما نحن
فيه فالمشي مباح محض فلم ينقذ موجبا للضمان في حق نفسه اسلاف كان صاحبه قاتلاً له
من غير معارضة احد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر من مشي حتى
سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشى جميعاً لكن لما كان المشي
مباحاً لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حريين في العمد والخطأ اي وجوب نصف الدية
في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطأ الدية الكاملة على ما ذكره في الكتاب الا انه
ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فباخذها اي قيمة العبد وورثة
المقتول المحرقيل ينبغي ان تسقط عن العاقلة لان الدية اولا تثبت للميت لا محالة والورثة
يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم
كما قلنا في امرأة قطعت يدا رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرها

(كتاب الديات * باب جنابة البهيمه والجنابة عليها)

وتسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وهما
الراجع وارثه فبالنظر الى ان المستحق اولا هو الجاني تسقط بالنظر الى ان الراجع غيره
لا تسقط فلا تسقط بالشك والباقي واضح وقوله لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء يعني السرج
وسائر الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شيء فالتلفه فانه يجب الضمان
بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل
في الطريق وقوله ومن قاد قطارا القطار الابل تقرر على نسق واحد والجمع قطرو كلامه
واضح **قوله** وان ربط رجل بعيرا الى القطار رجل ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما
ان يعلم بربطه القائد اولم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة
القائد الدية لا مكان تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار مسببا متعديا والدية في مثله
على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة
الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في عبارة المبسوط
ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحبوبي بينهما بانه اعتبر في المبسوط
حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القائد والرابط الا ان العواقل تعقل عنهما واعتبر
في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا
لان القائد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره
لظهوره وقوله وانما لا يجب الضمان عليهما ابتداء ظاهرا وقوله قالوا يعني ان لفظ الجامع
الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشائخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القائد على عاقلة
الرابط اذا ربط والقطار تسيرا ما اذا ربطوا الابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القائد بل ارجوع
على احدى الوجهة ما ذكره في الكتاب وقوله ومن ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا
لو ارسل كلبا ومعنى سوفه اياه ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا وساقه فاصاب
في فورة بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه

(كتاب الديات * باب جناية البهيمة والجناية عليها)

فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء وقوله
 انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواء اى سوى طريق البينة واليسرة بار كان على
 الجادة ماء او وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم ينقطع بمئة وبسرة وقوله وكذا اذا وقعت
 ثم سارت اى ينقطع حكم الارسال وقوله وهذه اى وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير
 فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله وبخلاف معطوف على قوله بخلاف
 ما اذا وقعت لان حكمها مخالف لحكم اصل المسئلة ويبين به الفرق بين الارسالين كما بين
 بقوله بخلاف ما اذا وقعت الفرق بين الوقفتين وقوله على فورة اى فور الارسال وهو ان
 لا يميل يمينا وشيالا وقوله لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله قال محمد ر ح
 هي المغلثة اى العجماء النى اهدر النبي عليه السلام فعلها هي المغلثة لا النى ارسلت فان
 افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره احترازا عن الاجراء
 على عمومته وقوله من الارسال واخواته يعنى السوق والقرد والركوب * قال في النهاية كان
 من حق الكلام ان يقول من الارسال وامثاله او يقول من الارسال واخواتها بناءً وبيل الكلمة
 اذا السوق والقرد لما كان اختلا لا الارسال كمن الارسال اختلا ايضا والا يلزم جعل بعض
 اسباب التعدي اخا وبعضها احنا من غير دليل وليس بشيء لانه ليس ههنا مؤنث معنوي
 خوفاً فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك **قوله** شاة لتصاب فتقت عنها الجزر القطع
 وجزر الجزور نحرها والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث
 وانما قال وجزورة ربع القيمة ولم يقل وبغيره ليتبين ان البقر والابل وان اعد اللحم كالشاة
 لا يختلف الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحكم او للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة
 كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبعغل ولحمه روقا قال الشافعي رح فيه النقصان واعتباره بالشاة
 عمل بالظاهر ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
 اوجب ذلك وروى عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل

(كتاب الديات * باب جناية البهيمة والجناية عليها)

يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى
الغني اوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل
موجود في مأكول اللحم فيلحق به وقوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم دليل معقول على
ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم
وقتا العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزمه نقصان المالية وقوله ولانه انما يمكن اقامة
العمل بها دليل آخر وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على الاول الا يرى ان العينين
لا تضمنان بنصف القيمة كذا قال فخر الاسلام وانما قال ذلك لان الممول به في هذا
الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله ونخسها يعني بغير اذن الراكب
والنخس هو الطعن ومنه نخس الدواب دلالتها فان قيل القياس يقتضي ان يكون
الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه
فان لم يختص به فلا قل من الشركة فالجواب ان القياس يترك بالاثروفيه اثر عمرو ابن
مسعود رضي الله عنهما وقد اشار المصنف رح ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب
والمركب مدفوعان بدفع الناحس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوثبة
المهلكة انما كانت منها فكان مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناحس لكونه الحامل
على ذلك ملجئا فكان الناحس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعلت الدابة والمدفوع
الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه
جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل فما
بالنقطة اوجبت الضمان على الناحس دون الراكب والسائق ايضا عند اكثر المشائخ
وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجه على السائق اذا كان بالاذن وهنأ
بلا اذن حتى لو نخس وهو مأذون كان سائقا ومكان التحرز انما يعتبر في حق غير المتعدي
وغير المأذون بذلك منع فلا يعتبر وقوله ولان الناحس متعدي في تسببه دليل آخر وفيه نظر لان

(كتاب الديات * باب جناية البهيمة والجناية عليها)

لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغني عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطي لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في التلف بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا مسببين وترجم الناحس في التعريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه فاعتبرناه موجبا في التعريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسببيه وليس بشيء فتأمل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء يعني يجب الضمان على الناحس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه ينصف الضمان هناك على عاقلتهما وقوله والثاني ان الوطي مضاف الى الناحس لانه كاسا ثقلها والسائق مع الراكب يضمنان ماوطئه الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رح وقوله مضاف اليهما اي الى الراكب والناحس وفي بعض النسخ اليها اي الى النخسة وقوله ولا يتناول من حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عيبه ولا من ضروراته وقوله يقتصر عليه اي على الناحس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالابطاء والاتلاف وقوله والركوب وان كان علة جواب سوال تقريرة الراكب صاحب علة للوطي على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناحس والناحس صاحب شرط في حق فعل الوطي والاصافة الى العلة الاولى وجهه ان الركوب وان كان علة للوطي ولكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطي فكان الوطي تابعا بعينين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار كما اذا امر صبيا يستمسك انما قيد بذلك

(كتاب الذيات * باب جناية المملوك والجناية عليه)

لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احد اما على الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذ لم يصف سيرها الى احد كانت منقلته وفعله جبار وقوله والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يغدى والباقي ظاهر الى آخره *

باب جناية المملوك والجناية عليه

ما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد و آخره لان خطا رتبته عن رتبته لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر باب جنائنه عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او الفائد وهم ملاك قوله واذ اجنى العبد جناية خطأ اعلم ان التقيد بالخطأ ههنا يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيمادون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعمده فيمادون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبيد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيمادون النفس وقوله قبل مولاه اما ان تدفعه بها او تغديه يعني بعد الاستيلاء فانه لا يقضى على المولى بشيء في ذلك حتى يبرأ المجني عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه يستأنى في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعد مها فالقضاء قبل الاستيلاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء وقوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذ هبنا قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما رضي الله عنهم وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذ هبنا قال عبيد الناس اموالهم جزاء

(كتاب الديات * باب جنابة المملوك والجنابة عليه)

جزاء جنابتهم في قيمتهم اي في ائمانهم لان الثمن قيمة العبد وقوله فيجب في ذمته اي في ذمة العبد كما في الدين فان الدين في ذمته يكون شاعلا لمالية رقبته تباع فيه الا ان يقتضي المولى دينه كذلك ضمان الجنابة وكما في الجنابة على المال وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ تجب دينه في ذمته لا على عاقلة كما في اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة وقوله ولنا ان الاصل الى آخره ظاهر وفيه بحث وهوان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهوناه على اصل ونحن على اصل فمن اين تقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال الشافعي رح جعل وجوب موجب جنابته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجنابة على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف رح ذلك بقوله بخلاف الذمي فابهم لا يتعقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وقوله وبخلاف الجنابة على المال لان العوافل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل ابطاله لبس بمقيس على اصل يبطل بابداء الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجنابة ان يجب على المتلف يبطل ايضا بقولنا الاصل ذلك في موجب جنابة العمد او الخطأ والاول مسلم ولا يفيد اذ الكلام في الخطأ والثاني عين النزاع وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول والاصل في الجاني ان يكون موجب جنابته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب وقوله الا انه يخبر استثناء من قوله والمولى عاقلة جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلة لما كان مخيرا كما في سائر العوافل ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه ان الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العوافل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاحجاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجب الجنابة

(كتاب الديات * باب جناية المملوك والجناية عليه)

في ذمة المولى حتى يجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذ مات فان
العقل لا يسقط عن عاقلته ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل
الى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان
ينقل الى القيمة ولهذا اي وكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت
العبد لغوات المحل وقوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها التمر تاشي ان العداء
هو الاصل ولكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا
لما ذكر في الاسرار ان بعض مشائخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله
المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله
ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف موت الجاني الحرج جواب عما يذكره هنا مستشهدا به كما
ذكرناه آنفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر في انها
تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد **قوله** فان دفعه ملكه ولي الجناية فان
دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه فداه بارش الجناية وكل ذلك يلزمه
حالا اما يدفع فلان الواجب منه اختياره عين العبد وهو ظاهر والتأجيل في الاعيان
باطل لان التأجيل شرع للحصول ترفيها وتحصيل الحاصل باطل واما الفداء فلا نه لما جعل
بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فياخذ حكمه قبل كون الشيء بدلا
عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا
في الحكم فان القصاص لا يتعلق بحق الموصى له واذا صار ما لا يتعلق به وكذلك التيمم
بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب
بمقابلة الجناية في النفس او العضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي
كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه
كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما

(كتاب الديات * باب جنابة المملوك والجنابة عليه)

كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فيرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف رح ما يشعر به * ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وهوان القصاص غير صالح لحق الموصل له بالمال فلا يتعلق حقه به والثراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهر اشرا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوده حالا فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختباره على الدفع فهو ضرر مرضي وقوله على ما يباه اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصيل هو الدفع الى آخره وان مات اي العبد الجاني بعدما اختار المولى الفداء قولوا وفعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطول بالغرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الحائث مخبر وان عين احدهما قولاً لم يتعين وهما قد تعين واجيب بأن حقوق العباد اوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في النعنين قولاً او فعلاً واما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب به وقوله لان تعلق الاولى اي الجنابة الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجنابة الثانية فان قبل ما للفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن ايفاء واستيعاء حكما فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجنابة كذلك وقوله على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان يقسم على قدر المعوض وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاول برقبته لا يمنع تعلق الثانية وقوله وعلى هذا حكم الشجيات يعني لو شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة

(كتاب الديات * باب جناية المملوك والجناية عليه)

سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب النباشة ثلثة لان له النباشة والى صاحب المقلعة نصفه لان له النار خمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا رقرله وهي الجنايات المختلثة يعني فجازان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم وقوله والحق يجب للمقتول جواب عما يقال الحق وان كان متحد بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب ان يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه اننا لانسلم ان المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الى آخره لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فوجب ترجيم جانب الوارث لان ملك الميت اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى **قوله** فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية الاصل في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للنفداء والا فلا واذالم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للنفداء لكن يضمن الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله وعلى هذين الوجهين يعني قبل العلم وبعده وقوله وبخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا جنى العبد جناية قتال وليها هو عبيدك فادفعه او افده فقال هو لغلان الغائب ودبعة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا للنفداء لما ذكر في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان افامها اخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للنفداء مع تمكنه من الدفع وقوله والحقه الكرخي بالبيع واخواته في صبر ورته مختار لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله واطلاق الجواب يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الى آخره وقبل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس ومادونها وقوله وكذا المعنى لا يختلف لان كل واحد مال وقوله لانه يزيل الملك لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس بمحتاج اليه ههنا وقوله بخلاف ما اذا كان

كان الخيار للبائع ونقصه وبخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختاراً بهما لان الملك
ما زال قبل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجبزا للبيع والبائع
بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار
لنفسه او بالعرض على البيع مختاراً للفداء واجيب بان ثم ضرورة لم تحقق ههنا وهي
انه لو لم يجعل مجبزا وفاسخاها كان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر
الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية واما ههنا فلم يجعل مختاراً للفداء بهذا التصرف
لم يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترا وقوله بخلاف الكتابة الفاسدة بان كاتب
المسلم عبده الجاني على خدما وخنزير فانه يصير مختاراً للفداء لان موجهه يثبت بنفس
العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما ذكرناه
قبل يعني في اختياره الفداء وقيل في العلم بالجناية وعدمه وقوله ولو ضربه فقصه يعني بان
اثر فيه حتى صار مهزولا وقلت قيمته بقاء اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه
حبس جزء منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا
ان يرضى ولي الدم ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كأن
التقصان حصل بأفة مساوية وقوله وكذا اذا كانت بكر او طمها يعني يصير مختاراً للفداء وان لم يكن
الوطي معلقا فلنا انه حبس جزء منه وقوله بخلاف التزويج يعني لا يصير به مختاراً للفداء
لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المص رح بقوله لانه عيب من حيث الحكم
وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو اقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار
يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن
عيسى رح حيث قال التزويج تعيب وبالتعيب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على
بدنها وعيبها وذلك لان التعيب الحقيقي يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزء منها
واما الحكمي فليس كذلك وقوله وبخلاف وطئ الشيب فان به لا يصير المولى مختارا

للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق وقوله في ظاهر الرواية
 احتراز عما روي عن ابي يوسف ر ح ان مطلق الوطى يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك
 فكان الوطى دليلا على امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع
 بشرط الخيار فان الوطى هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان
 معلقا اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطى حراما لانه اذا اختار العقد بعد ذلك
 ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زواؤها فثبت ان الوطى حصل في غير ملكه
 فللتحرر عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجنابة يملكها ولي الجنابة من وقت الدفع
 ولهذا لا يسلم له شيء من زواؤها فلا يثبت ان الوطى كان في غير ملكه وقوله وبخلاف
 الاستخدام يعنى لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجنابة لا يكون مختارا للفداء حتى
 لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار
 ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق
 ولي الجنابة فيه عذر في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن
 متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله
 في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا في الاجارة والرهن لانه
 اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا بالاذن في التجارة يعنى لا يكون به مختارا
 لانه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجنابة ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه
 من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجنابة اذا
 دفع اليه فله ان يمتنع من قبوله **قوله** ومن قال لعبد ان قتل فلانا ومن علق عتق عبده
 بجنابة توجب الدية مثل ان يقول ان قتل فلانا او رميته او شججته فاستحرقه ومختارا للفداء
 ان فعل ذلك خلافا لفر ر ح لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجنابة والعلم بها وعند النكلم ليس
 شيء منهما موجود وبعد الجنابة لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسئلة المذكورة

المذكورة في الكتاب قوله ولما ظهر وقوله ولأنه حرصه دليل آخر ومعناه ان المولى حرص العبد على مباشرة الشرط وهو القتل والرمي والشج بتعليق اقوى الدواعي اليه اي الى الشرط وهو الحرية والظاهر انه يفعل رغبة مند في الحرية وهذا دلالة الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل ان يقول لعبد ان دخلت الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختار للعداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها اقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية ثوجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا وقوله ووجه ذلك يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشائخ ان الموجب الاصلي هو العداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية واسما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد فاذا سرى تبين ان المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالحة عندلان الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدراء المحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان ادماه على الاعناق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا يجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك بمقتضى الاقدام على الاعناق ويجعل المولى ايضا كذلك دلالة لانه لما رضى بكون العبد عوضا على القليل كان بكونه عوضا عن الكثير رضى بشرط صحة الاقتضاء وهو ما كان المقضى موجودا ولهذا النص على ذلك ورضي به المولى صح فبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء وانما لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء

والصلح الاول وقع باذنا لغير العبد الى المولى والارلاء على خيرتهم في العفو والقتل وقوله وذكر
 فيه بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام رح وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي نسخ كتاب الجامع
 الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين
 عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله التي آخر ما ذكرنا
 يعني وان لم يعتقه رده الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله وهذا
 الوضع يرد اشكالا قيل اي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بمرود
 الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح متضمن للعفو لانه ينبى عن التخطيط
 فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثم ليس بطريق الصلح بل بطريق
 الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا
 الوضع اي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيره يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليدوسرى
 الى النفس ومات حيث لا يجب التماس هناك وههنا قال يجب واختلف المشائخ في الجواب
 عن ذلك فقال بعضهم ما ذكرهنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان
 جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين
 جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان
 وفي القياس يجب التماس فكان الوضع في هذه المسئلة تلك على القياس والاستحسان
 فاندفع التذافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهوان العفو عن اليد صرح ظاهرا
 لان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا وتبطل به الجنابة كذلك لان
 العفو عنها يبطلها فبعد ذلك وان بطل العفو بالسرايه حكما بقي موجودا حقيقة وذلك
 كاف لمنع القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال
 فاذا لم يبطل الجنابة لم يمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريم على ما ذكرناه من قبل
 وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده آه وقوله فعليه قيمتان قيمة اصحاب الدين وقيمة

(كتاب الديات * باب جناية المملوك والجنانية عليه)

وقيمة لولي الجنانية يعني اذا كانت القيمة اقل من الارش وقوله ائلف حقين واضح وقوله
ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل
القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون
الاتلاف واردا عليهما ووجهه ان الجمع بينهما ممكن ايذاء من الرقبة الواحدة بان يدفع
الى ولي الجنانية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به * والاصل ان العبد
اذا جنى وعليه دين بخير المولى بين الدفع والغداء فان دفع بيع في دين الغرماء فان
فضل شيء كان لاصحاب الجنانية وانابدا أنا بالدفع لا به توفير الحقين فان حق ولي الجنانية
يصير موفى بالدفع ثم يباع بعدة لارباب الديون ومتى بدأنا ببيعة في الدين تعذر الدفع
بالجنانية لانه تجدد للشري الملك ولم يوجد في يده جنانية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان
البيع بالدين بعدة واجبا اجيب بانها اثبت حق الاستخلاص لولي الجنانية بالغداء بالدين
فان للناس في الاعيان اغراضا وانما لم يطل الدين بحدوث الجنانية لان موجبها صيرورته
جزاء فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى
اولياء الجنانية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر ائلى حال الحريمه كما لو بيع
على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبيني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو
اعتقه وهو عالم بالجنانية كان عليه الدية اذا كانت الجنانية في النفس لاوليائها وقيمة العبد
لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجنانية يوجب الارش دون القيمة وقد مر وقوله
بخلاف ما اذا ائلفه اجنبي واضح وقوله فلا يظهر في مقابلته الحق يعني حق الدفع لانه دونه
اي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا **قوله** واذا استدان الامه المأذون
لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامه بعد استدانها وبين ولادتها بعد جنائنها في ان الولد يباع
معها في الاولى دون الثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته
استيناء حتى صار المولى ممنوعا عن التصرف في رقبته ببيع او هبة او غيرهما فكانت

(كتاب الديات * باب جناية المملوك والجناية عليه)

من الأوصاف الشرعية القارئة في الأم فتسري إلى الولد كالكفاية والتدبير والرهن وأما موجب
الجناية فالدفع أو العناء وذلك في ذمة المولى لا في ذمة حاكم لم يصر المولى ممنوعاً من التصرف
في رقبته ببيع أو هبة أو استخدام وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي السي وهو الدفع
فلا يسري إلى الولد لكونه وصفاً غير حاصل عند الدفع وقوله والسراية في الأوصاف الشرعية
دون الأوصاف الحقيقية بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى
غيره وأما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول بتحوله واعتراض بوجهين * أحدهما
لأن سلم أن دين الأمة في ذمتها فإن المولى أن اعتدلاً ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن
كما لو قتل مدبون إنسان فإنه لا يضمن دينه * والثاني أن ما ذكرتم لو كان صحيحاً
لما سري أثر الدفع إلى أرش أمة استحقته بجناية جنى بها عليها جان ودفعه إليها بطريق
الأولى لما ان ولدها جزءاً وارثها ليس كذلك فلما لم يسر إلى جزئها لكونه أثر فعل
حقيقي كان أولى أن لا يسري إلى ما ليس بجزء منها وأجيب عن الأول بأن وجوب ضمان
قيمة العبد المدين على المولى لتقرينه ما تعلق به حق الغرماء بيعاً واستيئاءً من ثمنه لا باعتبار
وجوب الدين على المولى والألوجب عليه إتياء الديون لضمان قيمة العبد وإنما لا يضمن
القائل دين من قتله لعدم المماثلة بين المثلث وهو الدين وما يتأمله من العين ضماناً وضمان
العدوان يعتمد المماثلة وهي مسألة تقوم بالمنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود
في صورة النزاع فيلا اعتباراً لأن الاتفاق هنا لا في محل لا يمكن الاستيلاء من ثمنه بخلاف
صورة النقص فإن قلت إذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني بأن الأرش
بدل جزء متصل فأت بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فماتت من الأجزاء
بعوض قام العوض مقامه كما لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها إلى ولي الجناية
اعتباراً للجزء بالكل بخلاف الولد فإنه بعد الاتصال ليس بجزء ولا بدلاً عن جزء **قوله**
وإذا كان العبد لرجل صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الإفراق بالحريفة قبل الجناية وفي

وفي المبسوط بعدها ولا تعاوت في ذلك وقوله وأبرأ العبد يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وأبرأ المولى لأنه لم بدع عليه بعد الجنابة اعتاقا حتى يصبر به مختار للغداء ان علم بذلك او مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة الا بحجة وقوله واذا اعتق العبد يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتل اخاك خطأ وانا عبد وقال الاخر بل قتلتك وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه انا الكلام في عبد معروف بالرق والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا وفداء واعتراض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود اصل الاقرار وهما هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبد اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقوله كان القول قوله يعني مع يمينه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان **قوله** ومن اعتق جارية ثم قال لها هذه المسئلة ايضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت امتي او اخذت منك غلة عمك وانت امتي وقالت بل كان بعد العنق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يضمن الاشياء فاما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان اقربا خذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد رح على الاصل المذكور واجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بانه اقربده او يبد المأخوذ منه حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقرب بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مدبونة بخلاف الوطى والغلة لان وطى المولى امته المدبونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت

(كتاب الديات * باب جنازة المملوك والجناية عليه)

مذبونة لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما فانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى فقتت يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وارشا وقال المقر له لابل فقاتها وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على ان جنس العضو الملتف اذا كان صحيحا حال الالتف ثم تلف يسقط القصاص بناء على اصل اصحابنا رحمهم الله ان موجب العمل القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعتبر بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقا للعين بالتقرير لاقصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور واجيب بان المراد فقأ ذهب به نورها ولم تنخف والقصاص فيه جار وقوله وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره ببيان المسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب لامن واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا اليانفال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذاك فوجه قول محمد رخص انه اسند اقتراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينارا كان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا تسمع الا بالحجة والله تعالى اعلم والحاصل ان هذه المسائل على ثلاثة اوجه * في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا اخذ الغلة او وطئها * وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا وهو قائم في يده * وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد انفقوا على اصلين * احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقربة * والاخر ان من اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول مخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني مخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث مخرجه محمد رخص على الاول وهما على الثاني وقوله واذا امر العبد المحجور على

(كتاب الديات * باب جنابة المملوك والجنابة عليه)

على الوجه الذي ذكره ظاهر وقوله علي ما بيناه من قبل إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة أي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الأقل من الغداء وقيمة العبد لانه انما اتلف بامر ما هو الأقل منهما **قوله** واذا قتل العبد رجلين عمدا كلامه واضح إلى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلاثة لولي الخطأ وثلاثة لغير العاني من وولي العمد عند أبي حنيفة رح واصل هذا ما اتفقوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوهما كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي ان فضوليا لوباع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المنازعة لان العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطأ واربعة للساكت من وولي العمد لان حق وولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق وولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة وبقي النصف الآخر واستوت منازعة وولي الخطأ والساكت من وولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضولين ولا يبي حنيفة رح ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق وولي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريك العاني في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة آلاف درهم القان لرجل والى لآخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الاثنين وثلثها

لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين
ابتداء وقوله واذا كان عبيدين رجلين فقتل مولى لهما فسر المصنف رح بقوله اي قريبا
لهما قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به عبد
لهما اعتقاه فعفا احدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند ابي حنيفة رح وقال لا يقال
للعافي ادفع نصف نصيبك الي شريكك وافده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير
قول محمد رح مع ابي حنيفة رح والاشهر انه مع ابي يوسف رح قال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ان حق كل واحد من الموليين في نصف القصاص شاعلا ان ملك
المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقى على اصل الحرية والمولى
من دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص ما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احدهما
انقلب نصيب الآخر وهو النصف ما لا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في
نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا
وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه
وهو الربع او يفديه ربع الدية ولا يبي حنيفة رح ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر
وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب ما لا ويحتمل ان يكون كله في
ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب
نصف هذا النصف وهو الربع ما لا فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينعقد ما لا لان المال
لا يجزى بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع

فصل

لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحاً
لجانب الفاعلية ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة

(كتاب الديات * باب جناية المملوك والجناية عليه * فصل)

عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم العشرة وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية
 قضى لها خمسة آلاف العشرة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف
 رحمه الله وأبو قال أبو يوسف رَحَّ آخِرًا وهو قول الشافعي رَحَّ تَجِبَ قيمته بالغته ما بلغت ولو غصب
 عبداً قيمته عشرون الفا وهلك في يده تَجِبَ قيمته بالغته ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان
 بدل المالية وبذل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلا نه يجب للمولى وهو
 لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه بقاء
 المالية اصلاً ان بقي العين او بدلاً ان هلك وصار كقليل القيمة وكالغصب واما ان بدل
 المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيحاً لجانب المالية على الادمية لان المائنة واجب
 الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المال وان كثر لا يماثل النفس ويمثل المال ولا يبي حنيفة
 ومحمد رحمهما الله قوله تعالى وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَوَجْهَ الاستدلال ان الله تعالى
 اوجب الدية مطلقة فمن قتل خطأ حراً كان او عبداً والدية اسم للواجب بمقابلة الادمية
 ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفاً بالاخلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه المالك
 بالاخلاف والادمية اعلاهما لامحالة فيجب اعتبارها به ارا لا دني عند تعذر الجمع بينهما
 اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعاً لان الادمية اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل
 اهدار التابع واهدار احدهما أولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم ان الجمع بينهما متعذر بل
 بايجاب القيمة بالغته ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب
 الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع وقوله وضمان الغصب جواب
 عن قولهما وكالغصب وقوله وبقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع وقوله وفي قليل القيمة
 جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة وقوله باثر عبد الله ابن مسعود رضي الله تعالى عنه ووقع
 في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبدية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول
 اصح لموافقه لاكثر النسخ واعتراض بان اثر ابن مسعود رضي الله تعالى عنه معارض بما روي

ان عمرو وعلياً وابن عمر رضي الله عنهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغته ما بلغت واجيب بان المروى عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يشتدي اليه العقل وليس فيماروي عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته ما بلغت فكان محمولاً على انهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله لا يزداد على خمسة آلاف الا خمسة اي لا يزداد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بيا ان الاعتبار به المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغته ما بلغت الا ان محمداً رح قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدى الى ان يجب بتطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا قال لا يزداد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني يجب في موصحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية ان هو اي القيمة بدل الدم على ما قررنا اشارة الى قوله ولا ي حنيفه ومحمد رحمهما الله قوله تعالى وذية مسلمة الى اهله وقوله وان غصب امة ظاهر **قوله** ومن قطع يد عبد فاعنته المولى صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحريير المذاهب وقوله في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله لا شبهة من له الحق يعني المسنوف وجهالته تمنع القصاص وقوله وفيه الكلام أي فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقبل اي في وجوبه على وجه يستوفى لا على اصل الوحوب لانه لا فائدة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتبار وقيل اي في تعذر الاستيفاء وقيل اي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء القصاص لتحقيق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله واجتمعا هما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه ان اجتماعهما لا يزيله لان الملكين في الحالين فان الملك للمولى وقت الجرح دون

(كتاب الديات * باب جنابة المملوك والجنابة عليه * فصل)

دون الموت والورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيداً بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لا خير فان كل واحد منهما لم يتفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فانت لا الهى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعاً فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاط فيه يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يحترز بهذا عن قال لا خربك علي الف درهم من فرض قتال المقر له لابل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع البذل والا باحة فيها فلا يالهى باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطى وهو مما لا يثبت بالشبهات او يفسر بالذي لا يجزئ فيه البذل وهو راجع الى الاول وقوله ولان الاعناق قاطع للسراية دليل آخر وذلك لان بالاعتاق بصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يقتضى القصاص فان كان خطأ لا تناق وان كان عمداً فعند محمد راج لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بافة سماوية فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظر الهى حقيقة الجنابة وهو القتل لانه اذا سرى تبين ان الجنابة قتل لا قطع ولهما انا نيقاً بثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه لان المقضي له وهو المولى

معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق لان المتقضي له ميهول لانه اعتبرنا حالة الجرح كان المتقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة ولا يعتبر باختلاف السبب ههنا في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني المستشهد بها بقوله كما اذا قال لاخر بعثني هذه الجارية الى آخرة فان الحكم فيها مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك السكاح حكمه لان ملك السكاح يثبت الحل مقصود او ملك اليمين قد لا يثبت وبإثباته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب وقوله والاعتاق لا يقطع السراية جواب عن قوله ولان الاعتاق فاطع للسراية ومعناه الاعتاق فاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق حالة الحرح المولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت الحرية فيضي منه ديونه وتغذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبني على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عند الغرض انه لا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا تزيد على اربع لانه اما ان قطع عمدا او خطأ فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان يتطوع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المتقضي له والمتقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلا فالمحمد رح * وان كان الثاني فلا اعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث او لم يكن فلا تجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قوله ومن قال لعبدية احدكم احارتم شجا اذا قال لعبدية احدكم احارتم شجا فوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل به على ان العتق لم ينزل على احدهما في حق الارش معينا وان كان ظهور وقوع العتق على احدهما في بعض

بعض الصور كداني الموت والقتل فإنه اذا قتل احد كما حرفيات احدهما وتل تعين العتق في الآخر
 فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعلن والشجة تصادف المعلن فبقية مملوكين في حق الشجة
 فيكون ارشهما للمالك ولو قتلها رجل تجب دية حرو قيمة عبد لا قيمة عبيدين ولا دية حربين
 والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على
 ما عرف في اصول الفقه ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحلل للانشاء
 فلو مات احدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء
 من كل وجه لما اجبر عليه اذا المرء لا يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر
 انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حريقتين فتجب
 قيمة عبد ودية حري بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما
 ان يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلها معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم
 ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت
 فكل واحد منهما تجب دية في حال وقيمته في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا
 استوت القيمتان واما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حري لا نتيقن انه قتل عبدا
 وحرا وقتل الحر يوجب الدية وايس احدهما اولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد
 منهما * وان كان الثاني فقد تعينت الحربة في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول
 للمولى ودية الثاني للورثة * وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول
 كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القتالين انما قتل احدهما بعينه والعتق
 في حق العين كأنه غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا يتعين ان كل واحد منهما قاتل لذلك
 المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذاك للمولى
 او ورثتهما وقيل هذا والاول سواء التصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان
 العتق في حق المولى ثابت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين

(كتاب الديات * باب جنابة المملوك والجنابة عليه * فصل)

وان لم يدرا بهما قتل اولاً فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف رح فيما اذا كان قتلها معاسواء كان القاتل واحداً او اثنين وقوله ولان القياس معطوف على قوله والفرق ان البيان انشاء ووجهه ان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة العتق من اهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وحي في النفس لانها محل العتق دون الاطراف لانه ان حلها حل تبعاً فبقي العبد مملوكاً في حق الاطراف على اصل القياس **قوله** ومن فقأ عيني مملوك هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي رح كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر او صبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وفقاً احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصر عليه سائطاً لاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتقويت جنس المنفعة بتقويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسالك الاموال واذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات فكان اتلاف الذات من وجه بتقويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتقويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يقتدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي تملك الجثة دفلاً للضرر ورعاية للممانلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يتقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقاً احدى العينين لم يوجد تقويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي رح شرع في الاستدلال لبعض اصحابنا فقال ولهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان معنى المالية ما كان معتبراً اوجب ان يتخير المولى على

على الوجه الذي ذكرناه وهو قوله وقال ان شاء امسك العبد الى آخره وبين الملازمة بقوله كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه التقصان وله ان المالك وان كانت معتبرة في الدابة فالادمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف ايضا الا يرى ان عبدا الى آخره وهو واضح وقوله ثم من احكام الاولى اي الادمية ان لا يقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والعائت من الطرف بل يكون بازاء العائت لا غير كما في نقاعني الحر ولا يملك الجنة وقوله ومن احكام الثانية اي المالك ان يقسم اي موجب الجنابة وهو الضمان على الاجزاء والجنة كما في تخريق الثوب فوفرا على الشبهين حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الادمية ينبغي ان لا يجب الضمان منوز عا بل بازاء الفائت لا غير وبالنظر الى المالك ليس له ان يأخذ كل بدل العين مع امساك الجنة كما انه ليس له ذلك في المال وفيما قال الغاء لجانب الادمية حيث جعله كالثوب المخروق وفيما قال الشافعي رح الغاء لجانب المالك حيث جعله كحرق عينا فوفرا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظر الى المالك وان شاء امسكه ولا شيء له نظر الى الادمية والله تعالى اعلم *

فصل في جنابة المدبر وام الولد

لما ذكر باب جنابة المملوك والجنابة عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احاط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احاط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي اثني ايضا فلا نوتة والانحطاط في اسم المملوكية واجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر **قل** واذا اجنى المدبر وام الولد جنابة ضمن المولى جنابة المدبر على سيدة في ماله دون

(كتاب الديات * باب جناية المملوك والجناية عليه * نصل في جناية المدبر وام الولد)

عاقبته حالة ما روي ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قصى بجناية المدبر على مولاه وكان امير بالسام وقضاياه تظهريين الصحابة فكان حكمه بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكره عليا احد فحل محل الاجماع ولا نه صار مانعا من تسليمه كما ذكره في الكتاب وبصم المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لاحق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة وقوله ولا يخبر بين الاثل والاكثر واضح وقوله ويتصاربون بالحصص فيها اي في القيمة ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكره في المبسوط قتل واد قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته الف درهم ثم زاد قيمته الى العين ثم قتل آخر خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمس مائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه العاد درهم لانه جنى على الثاني وقيمته العان ولولم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذين الالفين لولي القتل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم فلاحق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتل الاوسط وخمس مائة من الالف الاولى بين ولي القتل الاول وبين الاوسط لانه لاحق في هذه الخمسمائة لولي القتل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاقل بضرب فيها الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة آلاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار ما خوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله فلا شيء عليه اي على المولى لانه ما لزمه اكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله وان دفع قيمته بغير فضاء فلولي بالخيار اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة رح وقال الاشعي على المولى لانه ليس

ليس بجان في الدفع لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يامره القاضي به لورفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولا يبي حنيئة رح ان كل واحد من الدافع والقبض جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا واما القابض وهو ولي الجناية الاولى فقبض حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فمخير في الرجوع وبين ذلك بقوله وهذا الان الثانية مقارنة حكما من وجه وهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومناخلة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية كالمقارنة الاولى في حق التضمين لابطاله اي لابطال المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لودفع الى احد هما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا وقوله عملا بالشبهين يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع * وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطال ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبه المقارنة والتأخر وقوله واذا اعتق المولى المدبر الى آخره واضح *

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قوله ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد ان قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك

(كتاب الديات * باب غصب العبد والمذبر والصبي والجناية في ذلك)

بآفة سماءية فتجب قيمته انقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت مضافة الى الديانة
فصار المولى متلغا فيصير مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ
الغاصب عن الضمان واعترض الامام قاضي خان رح بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب
لا يقطع السراية مالم يملك البدل على الغاصب بقضاء ارضي لان السراية امانة تقطع به باعتبار
تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا قال نص عليه في آخر
رهن الجامع والباب الثاني من جنياته الا انه انما ضمن الغاصب مائة قيمة الجدة انقطع لان
السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب
الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب
ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان
بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما
فلم يرتفع الغصب با اتصال السراية الى فعل المولى فيقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لانسلم
ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد
يدان حكميتان بكما لهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا يصلح لامعارضا ولا
مرجحا وقوله واذا غصب العبد المحجور عليه واضح وقوله مؤاخذا بفعاله يعني في حال رقه
واما في اقاله فان كان فيما يوجب الحدود والنقصان فكذلك وان كان فيما يجب به المال
فلا يؤاخذه به في رقه وانما يؤاخذه به بعد الحرية وقوله ومن غصب مذبرا واضح وقوله من
غير ان يصير مختارا للفداء لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المذبر في المستقبل
فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجانيته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش
فكذا هذا وقوله فيصير ظاهرا وقوله وصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب اي بسبب
كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فردة الى المولى فجنى جناية فدفع
الى ولي الجنايتين كان للمولى ان يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله ويدفعه

(كتاب الديات * باب غضب العبد والمدير والصبي والجنابة في ذلك)

ويدفعه اي النصف المأخوذ من الغاصب الى ولي الجنابة الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجنابة على الغاصب وهذا اي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني عند اليكيفية وايي يوسف رحمه الله وقال محمد ر ح يرجع بنصف قيمته فيسلم له اي لا يدفعه الى ولي الجنابة الاولى لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم من جهته لولي الجنابة الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكبلا ينكر الاستحقاق والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجنابة الاولى عوضا عما اخذه ولي الجنابة الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لايزاحمه احد وانما انتقص حقه لمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغيا اخذه انما الحق واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنته للاولى فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمنع بلا مانع **قوله** وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد ر ح بينها وبين المسئلة المتقدمة انه متى دفع النصف المقبوض من الغاصب الى ولي الجنابة الاولى لم يؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجنابة الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولي الجنابة الثانية دون الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم وضع يعني ان محمد ر ح الله وضع في الجماع الصغير هذه المسئلة في العبد بعد ما وضعه في المدير وكلامه فيه واضح وقوله ومن غضب مدبرا فجنى عنده جنابة كذلك وقوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف يعني قال بعض المشائخ

(كتاب الديات * باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك)

في هذه المسئلة خلاف محمد ايضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به
من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولي الجنابة الاولى ما بقي من حقه وقيل على الاتفاق
ويأخذ ولي الجنابة الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب قبل
وهذا هو الصحيح لان محمد ارحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا فرقه
فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله الى الفرق
بين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن قوله اما في هذه المسئلة فيمكن الى آخره فيه نظر فان الجنابة
الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق
حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه وقوله ومن غصب صبيا حرا اي
ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو ان يذكر الشيء
بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه واضح خلا انه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب
مكاتباً ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لاضمان والتعدي في التسبب فيه موجود واجيب بان
المكاتب في بدنفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير والبحر الكبير في بدنفسه
فكذلك المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا
فاصابه شيء من ذلك اجيب بان حكمه ان ينظر ان كان الناقل قيدة ولم يمكن التحرر عنه
ضمن لان المغضوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنع
من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلغ مضافا
الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد
بحيث لا يمكنه حفظ نفسه **قوله** واذا اودع صبي عبدا فتقله كلامه واضح وذكر في شرح
الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده لاضمان عليه بالاجماع وان استهلكه
الصبي فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه
ولكنه قبل الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة

ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف ارح يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده ودیعة ضمن في الحال وهو تقسيم حسن وقوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق يساعدة فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا وما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان والنسرخاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا وقوله وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع ثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من اتلفه لا يجب الصمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله في يد مائة اي من الايداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مائة عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه وقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختباره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي نظرا لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه والا لانسد باب الوديعة ويمكن ان يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليط له على الانلاف لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكأنه قال اقامة غيره مقام نفسه مستلزمة اما ولاية المقيم على من اقامه مقامه كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي وقوله لان عصمته لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس

للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه
 يضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان يستهلكها
 فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونقض بما اودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن
 ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلاهما فيما
 لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك وانما لا يملك خنقها من حيث
 انه تضبيع فكان كالتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده
 المال دون غيره يعني ان المالك بالايديع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي
 لامن غيره فماله معصوم في حق غيره كما كان *

باب القسامة

لما كان امر القتل في بعض الاحوال يؤل الى القسامة ذكره في آخر الديات في باب علي حدة
 وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة اودار وجود فيها
 قتل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا وسببها وجود القتل فيما ذكرناه *
 وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسانه * وشرطها بلوغ المتقسم وعقله وحرية وجود
 اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين * وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا
 او الحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند الكول ان ادعى الخطأ
 ومحا سنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلصا للمتهم بالقتل عن القصاص
 ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما سياتي قوله يتخيرهم الولي اي يختار من القوم
 من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف
 كل واحد منهم بالله ما قتلنا ولا يحلف بالله ما قتلنا الجواز به باشر القتل بنفسه فيجترى على اليمين
 بالله ما قتلنا وقوله وان لم يكن الظاهر شاهد له فمذهب اي مذهب الشافعي رح كمذهبنا

كمد هبنا غير انه لا يكرر اليمين وقوله ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر يعني كما
 في سائر الدعاوي فان الظاهر يشهد للمدعي عليه لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة
 فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون اليمين حجة له وبقية كلامه واضحة وقوله
 لانه يمين وليس بشهادة يحتز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لما ان اللعان شهادة
 والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل ادائها وقوله واذا حلفوا قضى على اهل المحلة
 اي عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلث سنين وقوله تبرئكم اليهود بايمانها قصته ان عبد الله
 بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحبصة او محبصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا
 لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قلب من قلب خيبر يتسخط في دمه فجاءوا الى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان ينكلم فقال النبي
 صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حبصة او محبصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك قال
 ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال عليه السلام تبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى
 بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه قال عليه السلام اتحلفون وتسئمون دم صاحبكم فقالوا كيف
 نحلف على امر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوذه بمائة من
 ابل الصدقة واستدل الشافعي رحمه الله بقوله تبرئكم اليهود بايمانها على انه لادية بعد الحلف والا لما كان
 ثم براءة ووادعة قبيلة من همدان وقوله يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب اي كتاب التدوير
 اشار به الى ما ذكره بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استخلف خمسون رجلا منهم
 الى آخره وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض
 بعينه وقوله على اختلاف مضي في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله حيث
 قال ومن ادعى فصا صا على غيره فجدد استخلف بالاجماع الى آخره قوله وان لم يكمل
 اهل المحلة خمسين وافى اليه اي اتى اليه واهل اللغة يقولون وافاه ولم يذكر الانف وحكمه
 حكم دبرة وذكره وذكر الفهم مطلقا وقد قيل اذا صعد من جوفه الى فيه واما ما انزل من راسه الى

(كتاب الديات * باب القسامة)

للمس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله ولا نأخذ
 بغيره اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ يتكرر وذلك لانه اذا وجب بالافل
 وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر في تكرار القسامتان
 والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان تجب القسامة اذا وجد الرأس
 لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به
 لوجب بالبدن بالطريق الاول فلزم التكرار * وقيل كان ينبغي ان يقول يتكرر القسامة والدية
 بلطف المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية
 تستلزم ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون مرادة القسامتان والديتان على
 القطعين يتكرر ان في خمسين نفسا وقوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور وعدمه
قوله لان الظاهر ان تام الخلق ينصل حيا اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق
 ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره واسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها
 واجيب عنه بانه انما يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتهما ما يجب في السليم لان الاطراف
 يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة
 قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه
 اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتل لوجود دلالة القتل وهو
 الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق ان ينصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء
 لان حاله لا يفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما
 ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما فواه لان الظاهر ان لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال
 وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى والصواب ان يقال الظاهر ههنا
 ايضا اعتبرنا فعلا عسي يدعى القاتل عدم حيواته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل
 بن مالك وهو قوله عليه السلام اسجع كسجع الكهان قوموا فذروا **قوله** واذا وجد القتل على دابة

دابة يسوقها رجل اذا وجد القنيل على دابة يسوقها رجل فالدابة على عاقلة السائق دون
 اهل المحلة سواء كان مالكيها اولم يكن وكذا اذا كان قائدها او راكبها لانه في يده
 فصاركما اذا كان في دارة فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدابة عليهم
 لان القنيل في ايديهم فصاركما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا
 وجد القنيل في الدار فان الدابة ههنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا مالا كما اولم يكونوا
 وهناك على الملاك لا على السكان واجيب اولابا بالانسلم ان الدابة لا تجب على مالك
 الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف
 ذلك بقول القائد والسائق والراكب واما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا
 وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدابة على
 عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف اولم يكن والفرق ان العبرة في هذا الباب للرأي والتصرف
 والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف والرأي
 والتدبير الى من بيده الدابة لئلا يد المالك عنها بالاجارة وبالاغلات فيكون القسامة على الذي
 في يده الدابة وقوله واحدة وارحب هما قيلتان من همدان وما بعده ظاهر وقوله ولا يدخل السكان
 في القسامة مع الملاك يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله وهو قول محمد رح يشير الى ان
 محمد ارحمه الله ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين
 ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد رح مضطرب وقال
 ابو يوسف رح يعني آخرا وكان قوله ولا تقولهما وما بعده ظاهر وقوله وهو على اهل الخطة دون
 المشتريين الخطة المكان المختلط لبياءه ارضها من العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك القديمة
 الذين كانوا يملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يخط خط التمييز انصبأتهم
 والضمير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدابة اي القسامة على اهل الخطة والدابة
 على عاقلتهم وقوله وقيل ان ابا حنيفة رح بنى ذلك على ما شهد بالكوفة يعني من ان اصحاب

(كتاب الديات * باب القسامة)

الخطئة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المسترون في ذلك *
ويجوز أن يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد
قتيل في دار بين مشرودني خطئة فانهما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي
المحلة فرقا فوجب القسامة على اهل الخطئة دون المشتريين مع ان كل واحد منهما
لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلة ووجه ذلك ان في العرف ان المشتريين
فلما يزا حمون اصحاب الخطئة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك
فان في عمارة ما استرم من الدار واجلوتها واعارتها هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ
الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله ان صاحب الخطئة هو المختص وقوله ولانه اصل والمشتري
دخيل وقوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
او خلصت لهم على قول ابي يوسف رحمه الله وقوله لزوال من يتقدمهم يرجع
الى قوله انتقلت اليهم وقوله او يزا حمون يرجع الى قوله او خلصت لهم وقوله واذا
وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان
ففي احد لهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبهذا يندفع ما يرى
من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا
فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي
عن الكرخي انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة
على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا
حضورا كذا في الذخيرة والمذكور في الكتاب يدل على انها عليهما جميعا اذا كانوا حاضرا
ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر **قوله** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى
وجد فيها قتيل اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود القتل يتعلق بولاية الحفظ لانه
ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة رح ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقلا ولاية

ولاية الحفظ مستغاد بالملك فاذا وجدنا في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحد هما الملك والآخر
 اليد كان اعتبار اليد عنده اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا
 اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيلا فلما ان يكون البيع باثا رفيه الخيار فان كان الاول
 فهو اي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده
 وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني
 فعلى عاقلة الذي تصير له ودليلهما واضح وقوله ولهدا اي ولكون ولاية الحفظ تستند بالملك
 كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار ومن المودع لعدم ملكه وان كان له بد وكذا
 دليل ابي حنيفة رح واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الودعة المستشهد به لانه قد ادرج
 في دليبه وذلك لانه قال ان القدرة على الحفظ باليد اطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل
 والكامل في اليد ما كان اصالة ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قبل ما الفرق
 لابي حنيفة رح بين الجنابة وصدقة العطر فانه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الاولى
 والجواب ان صدقة العطر مؤنة الملك فكانت على المالك والجنابة موجبة للضمان بترك
 الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله ومن كان في يده دار فوجده فيها قتيلا
 لم تعقله العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها ودعة او مستعارة
 او مستأجرة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده ولا يختلج في وهمك صورة تناقض
 في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح اليد لان اليد المعتبرة عنده
 هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تذكر ذلك والباقي واضح وقوله واللفظ اي
 لفظ القدر وري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشتمل اربابها اي ملاكها
 وغير ملاكها وقوله هذا اي الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي عن
 ابي يوسف رح ان السكان يدخلون في القسامة مع الملاك ظاهر ما على قول ابي حنيفة
 ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قوله وان وجد

(كتاب الديات * باب القسامة)

في المحلة كلامه واضح سوى الفاظ ذكرها قوله فعند أبي يوسف رح يجب على السكان
من أي سواء كان السكان ملاكا أو غير ملاك وقوله كالشوارع العامة التي بنيت فيها على
بيت المال قال في النهاية وإنما أراد به أن يكون نائبا عن المحال أما الأسواق التي تكون
في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا
في السوق النائي إذا كان فيها من يسكنها في الليالي أو كان لأحد فيها دار مملوكة تكون القسامة
والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير
وقوله وقد بيناه يعني في مسئله وأن مررت دابة بين قريتين وعليها قتل وقوله وأن وجد في
وسط الفرات يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك
ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا
إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتل دار الشرك
وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام تجب الدية في بيت المال لأن موضع
انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو
قتل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله على التفسير الذي تقدم أراد به قوله قتل
هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله لم تسقط القسامة عنهم يعني
والدية على عوائلهم وقوله وقد ذكرناه يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى
على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الذي آخره وقوله وقد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي
ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وقوله فاجلوا عن قتل أي انكشوا عنه
وانفروا وقوله لأن القتل بين أظهرهم أي وجد بين أظهرهم يعني بينهم والظاهر والأظهر
يجئان متحمين كما في قوله عليه السلام لأصدقة إلا عن ظهر غني أي صادرة عن غني
فإن قبل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على
قائله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله لأن بمجرد الدعوى لا يثبت

لا يثبت الحق أي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويته أي في أوائل باب القسامة وأوله قوله عليه السلام لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم من ماء قوم وأموالهم لكن البيهقي على المدعى واليمين على من أنكر لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله وإن وجد في خباء أو فسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء وقوله فعلى أقرب الأخية قيل هذا إذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين أما إذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله وإن كان القوم لقوات لا يجوز أن يكون حالا أي مقاتلين ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لأن لقواتي معنى المقاتلة وإن يكون مفعولا للقتال وقوله لأن الظاهر أن العدو قتلته فكان هدرا يجوز إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك أن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا بدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثم جهة التحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله وإن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه إشارة إلى قوله ولو وجد قتل في معسكر أو ما إلى آخره وقوله وقد ذكرناه إشارة إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله هو عليهم جميعا وقوله وإذا قال المستحلف قتل فلان استحلف بالله يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتل فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتل فلان وهذا لا ينافي أن يكون المقر شركه في القتل أو أن يكون غيره شركا معه فإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير

(كتاب الدييات * باب القسامة)

فلان **قوله** وإذا شهدا اثنان من اهل المحلة اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة
وشهد اثنان من اهل المحلة عليه انه قتله قال ابو حنيفة ر ح لم تقبل شهادتهما ولا تقبل
لانهم كانوا بعرضيتان بصير واخصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم
فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولا يبي حنيفة ر ح انهم جعلوا
خصماء تقدير للتقصير الصادر منهم فان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي
اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها اما ببلوغ الغلام او بعزل القاضي وقوله وعلى هذين الاصلين
يعني الاصلين المجمع عليهما * احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من
كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل * والثاني
اذا كانت لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهدت قبلت شهادته بالاجماع
وابو حنيفة ر ح جعل مانحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود
القتيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر رضي الله عنه واذا افرمكم
الدية لوجود القتل بين اظهركم وبدعوى الولي القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا
السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم
انما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل
شهادتهم وقوله يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل
اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم او لم يخاصم كما مر
واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة
تقبل شهادتهما لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركهما وقوله
ولو ادعى ظاهر وقوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل
المحلة في بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه
واحد منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله وهن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه

لانه لو علم سقط القسامة بل فيه النصاص على الجراح ان كان عددا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذالم يعلم الجراح فانه ان يصير صاحب فراش حين جرح او يكون صحيحا حينه ذبحي ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لاشي عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ظاهر ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص اعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افرق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفرق في حق النصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص واجيب بان القسامة والدية وردتا في قتل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جرحه اذا صار صاحب فراش قتل شرعا لانه صار مريض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كأنه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة واما اذا كان صحيحا يذهب ويحيى فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله ولوان انسلنا معه جرح الى آخره حكمه ظاهر من مسألة من جرح في قبيلة فنقل الى اعدله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة وقوله ولو وجد رجل قبلا في دار نفسه اعلم ان المصنف رح قال فديته على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة رح ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقص ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان تكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلاتنا في بينهم وان كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف اي على عاقلة ورثته وما ذكر

(كتاب الديات * باب القسامة)

في الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظاهر وأعرض على وجه أبي حنيفة رح بان الدية اذا
وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يغفلوا عنهم اثم واجب بانها
تجنب للمقتول حتى تقضى منه دية وتنفذ وصاياه ثم يخلف الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه
اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلة ويكون ميراثه ثم اعلم بان دية رحمه الله صنع مثل ذلك
في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل أبي حنيفة رح اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم
وجوب الدية وهو اختيار بعض المشائخ رحمهم الله فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشائخ
في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة رح فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم
بحال القتل وليس ههنا من يعلمه فلا يلزم ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا
على قتله فقتلوه في داره فيكون ثم من يعلم بحاله واختاره المصنف رح واكتفى بذكره في الدليل
من ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما لطفه مخبر بل الله ثراه ولما استشعر
ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره كالتقص على ما ذكره اشارة الى الجواب بقوله
لان حال ظهور قتله الى آخره يعني انما صار دم المكاتب هدر الان حال ظهور قتله بقيت الدار
على حكم ملكه لان الكتابة لا ينفسخ اذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على
حكم ملكه جعل قتل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدر بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله
لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد
في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله ولو ان رجلين كانا في بيت ظاهر
وقوله كما اذا وجد قتيلا في محلة يعني ان توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فذلك ههنا وقوله
قال المناخرون اي من مشائخنا ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة يشير الى
انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يبيح في المعاقلة وانما دخلت في هذه الصورة لانها
نزلت قاتلة تدبر احيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل ايضا بخلاف
غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل

في العتل ايضا وقوله لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية *

كتاب المعامل

لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها واحكامها في هذا الكتاب وقال المعامل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله وكل دية مبدأ وقوله على العاقلة خبرة وقوله وجبت بنس القتل يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح او الابوة ينهي في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني الدية بناء ويل العقل وقوله وكذا الذي تولي شبه العمد وهو الذي ضرب به بالسوط الصغير حتى قتله وقوله وفي الجباب مال عظيم احجابه فسر الاحجاف بقوله واستبصاله وقوله انما قصر يعني ان القاتل انما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف وقوله وتلك اي القوة وقوله كتبت اساهيهم في الديوان الديوان الجريدة من دون الكتب انا جعلتها لانها تقطع من الفراطيس مجموعة ويرى ان عمر رضي الله تعالى عنده اول من دون الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة وقوله من عطايهم العطاء اسم ما يعطى والجمع عطية والعطايا جمع عطية وهي بمعنى العطاء وقوله وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعي رح ولا نسخ بعده وقوله والحلف الحلف بكسر الحاء العهديين قوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله والولاء اي ولاء العتافه وقوله والعد هو من العديد وهو ان يعد فيهم يقال فلان عد يد بني فلان اذا عد فيهم وقوله فان حرجت العطايا في اكثر من ثلثة اي ثلث سنين او اقل مثل ان يخرج عطايهم الثلث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطايهم الثلث في سنة واحدة يؤخذ منهم الدية فيها وقوله لحصول المتصود يعني ان المتصود ان يكون المأخوذ منهم

(كتاب المعامل)

من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في اكثر من ثلث سنين او في اقل منها
وقوله وأويله اي تأويل كلام القدوري فانه اطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في ثلث سنين بعد القضاء
فيكون المراد ثلث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل وقوله لما ذكرنا إشارة الى قوله لان الوجوب
بالقضاء وقوله واذا كان جميع الدية واضح وقوله ولنا ان القياس بأباه اي القياس باي ايجاب
المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض والشرع ورد به
اي بايجاب المال مؤجلا في الخطأ فلا يتعداه فان قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق
به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه
غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب
الاصلي المثل لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس نفس الا انه
اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول
الحق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءً وها من وقته اي من وقت القضاء كما في ولد المغرور
فان قيمته انما تجب بقضاء القاضي وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جيل
الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا الوهلك
الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء
على ما نبين وقوله وهذا اي قول القدوري لا يزداد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة
وينقص منها إشارة الى انه يجوز ان يزداد على اربعة من جميع الدية فاذا اخذ من كل واحد
مهم في كل سنة ثلثة او اربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة او اثني عشر وليس كذلك
فان محمدا رحمه الله تعالى نص على انه لا يزداد كل واحد من جميع الدية على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ
من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله وهو الاصح احتراز عما ذهب
اليه بعض مشائخنا مما فهم من إشارة كلام القدوري ذكره في المبسوط وقال وذلك غلط
وقوله ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العربي لان

لان العرب حفظت انسابهم فامكننا ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب
اما في حق العجمي فلا يستقيم لان العجم ضيعوا انسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على
اقرب القبائل من القاتل نسبا بعد ذلك اختلف المشايخ رحمهم الله فقال بعضهم يعتبر
المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله فيسوي
بين الكل يعني الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة
وقوله ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق قيل الفرق بين العطية والرزق ان
العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي
ظاهر وقوله وادخل القاتل مع العاقلة يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان اما اذا
لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا ايضا كما لا يجب عند الشافعي **رح قوله** وليس على
النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل كلامه واضح وقوله وعلى هذا
لو كان القاتل صبيا او امرأة لاشي عليهما من الدية قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي
ذكرها قبل المعادل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث ادخلها المتأخرون هناك
في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة
وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شيء من الدية
وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقدير اولي لاننا نقول القسامة
تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا
بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم
الدية فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه
قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد
قتيل في قرية لا امرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الايمان
وذلك تناقض البته فالجواب ان ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة

(كتاب المعادل)

خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة و
العبد لانهم ليسوا من اهل النصره واليمين على اهلها وامامها فالقتيل وجد في قرينها
فتجب عليها نفي التهمة القتل فانها تتحقق منها وبتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت
على جماعة يعلل بالنصره فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد
والمرأة واذا وجبت على واحد يعلل بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه
ومن لا فلا فلا تدخل المرأة وقوله والغرض لهما من العطاء جواب عما يقال فرض الامام لنساء
الغزاة وذرياتهم من العطاء والعطاء انما يدفع لنصره اهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة
عواقل لغيرهم فكذا النساء ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة اي معونة الامام
لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما وقوله واهل البادية اقرب اليه يعني نسبا وقوله قيل هو صحيح
الضمير راجع الى قوله لم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقوله من اهل
المصر بيان لقوله اهل الديوان اي اهل الديوان الذين هم من اهل المصر وقوله وصار نظير
مسئلة الغيبة المنقطعة يعني ان للولي الابعدان يزوج اذا كان الاقرب ذاكبا وقوله لا سيما
في المعاني المأصصة كحد السرقة والتدفع والقصاص ووجوب الدية وقوله فالدية في ماله
في ثلث سنين اي لا على بيت المال لان النصره الموجهة للعقل غير موجودة بين الذمي
والمسلمين لانقطاع الولاية بينه بخلاف المسلم فان دينه على بيت المال اذا لم توجد له عاقلة
على ظاهر الرواية وسبجي وقوله وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم اي ليس بسبب نصره
اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر لان التعاقل يستني على الموالاة وذلك ينعدم عند
اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون
فيما بينهم ظاهر الا لفاظ ذكرها وقوله وعاقلته اهل الكوفة الواو للحال وقوله
لكن حصه القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة يعني وان كان بعد القضاء وقوله بخلاف
ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعه لا يتضمن بالدية على عاقلته من اهل

اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بدينه على عاقلة من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قتل العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وأن كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل وقد ذكر العرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وقوله لكن يقضي ذلك اي الابل من مال العطاء بان يشترى الابل من مال العطاء **قوله** وعاقلة المعتق قبيلة مولاة كلامه واضح **قوله** ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية لان القصاص لا يجب في عمدة ولا يتقد رارشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فاما بدل النفس فيتحمله العاقلة وأن كان اقل من نصف العشر الا يرى ان القتلة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وأن كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبد قيمته مائة او خمسون درهما فانه يتحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلقة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لا النص ولا علقته فيجيب في ماله **قوله** ولا عبد قال ابو عبيد اخذوا في تأويل قوله صدق الله عابده وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاة شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته اما ان يدفعه الى المجني عليه ويدفعه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه بقتله حرا ويجرحه بقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة رحمه الله جازا اذهب الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا يعقل عبد او معنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتل اذا اعطيت دينه وعقلت عن فلان اذا الزمته دية فاعطينها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف

(كتاب المعاقلة)

القاضي في ذلك بضرورة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلته عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلته عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمد او سياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عمد و عمد و صلح و عمد اعترف وعلى هذا فقوله بعد هذا ولا تعقل العاقلة جناية العمد اضافة المصدر الى فاعله واما اذا جنى الكر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله والافرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان في الافرار تجب الدية في ثلث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله نفى الثابت بالافرار اولى بريدان الثابت بالبينة اقوى منه بالافرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى وقوله وتصادقهما حجة في حقهما لان احد المتصادقين ولي القتل ومن زعمه ان الدية انما وجبت على العاقلة لا على القاتل فكأنه اقران ليس له على القاتل شيء واقرار المقر حجة على نفسه وقوله بخلاف الاول اراد به قوله والافرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الافرار في مال المقر وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على عاقلة فيجب في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد يحول بزعمه الى عاقلة بقضاء القاضي فاذا اتولى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحيل اجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان اصله ينال دفع النبوي عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن اليدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا تحول اليه بحال سواء كان استوفى من العاقلة او لم يستوف وقوله وقد مر من قبل اي في اول فصل بعد باب جناية المملوك وقوله قال اصحابنا رحمهم الله تعالى ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة والنصرة بالولاية وهي منقطعة بينا وبينهم

وبينهم والباقي ظاهر وقوله ثم ادبت الكتابة اي فانه حينئذ يرجع قوم الام على قوم الاب
وقوله والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاءه الى
ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنائته عن الاولى قضى بها القاضي ولم يقض كالمولود
بين حرة وعيد اذا جنى ثم اعتق الاب لا يتحول الجنائية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله
بان انتقل ولاءه عن موالي الام الى موالي الاب وكالغلام اذا حفر بئر اقبل ان يعقق ابوه
ثم سقط في البئر رجل بعد ما اعتق ابوه فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة الام ولا يجعل
على عاقلة الاب من ذلك شيء لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقه فيعتبر بالملك والحفر
لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان الجنائية لا تتحول الى الملك
الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئرا في طريق المسلمين
بغير اذن مولاه فقبل ان يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فمات فالضمان
على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر وكذا الولاء الحادث بعد الحفر
يعتبر به فلا تتحول الجنائية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملامنة حولت الجنائية
الى الاخرى وقع القضاء بها ولم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكما اذا اقامت المكاتب
عن ولد حر ووفاء فلم يؤدوا كتابته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبيتي تميم
والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنائته قوم امه ثم ادبت الكتابة فان عاقلة الام
يرجعون بما اداوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال حيواته
فبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنائته على موالي
ايه فلذلك يرجعون على موالي الاب ولو لم يختلف حال الجنائي ولكن العاقلة
تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان
من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلتحقها زيادة او نقصان
اشتركا في حكم الجنائية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد

3
(كتاب الوصايا * باب في صفة الوصية ما يجوز من ذاك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)
أخذ البعض منهم ضم اليهم اقرب القبائل نسباً وقد تقدم وقوله الا فيما سبق ادوة استثناء
من قوله اشتركووا يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين ادوا قبل ضم
اقرب القبائل اليهم والله تعالى اعلم بالصواب *

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

ابراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي في الدنيا
الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنایات والديات لما ان
الجنایة قد تقضي الى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم
سمي الموصي به وصية وهي في الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع *
وسببها سبب التبرعات * وشرائطها كون الموصي اهلاً للتبرع ولا يكون مديوناً وكون الموصي له
حيا وقت الوصية وان لم يولد واجنبيا عن الميراث وان لا يكون قاتلاً وكون الموصي به
بعد موت الموصي شيئاً قابلاً للتبليک من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء
كان موجوداً في الحال او معدوماً وان يكون بمقدار الثلث * وركانها ان يقول او صيت
بكذا فلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكم الوصية ففي حق
الموصي له ان يكون الموصي به ملكاً جديداً كما بالهبة وفي حق الموصي اقامة الموصي له
فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث * وصفتهما ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة
فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون
فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كُتِبَ
عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا
فرض وما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب قال وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها

جوازها لانه تملك مضاف الى حال زوال مال كونه ولو اضافته الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا اذا استحسانه لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكره في الكتاب وقوله ومنله في الاجارة بيناه في انها عقد يابى القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لحاجة الناس وقوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين الى آخر ما ذكر بيان لوجه الاستحسان وقد استدلل ابو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم ان احضر احدكم الموت الآية بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب الموارث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للموالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين ان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للموالدين وحيث رتبها على وصية منكورة دل على ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد اي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة وانما النسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر الامام فخر الاسلام وجهها آخر وقد قررناه في التقرير واستدلالة بالسنة ظاهر وقوله وعليه اي على جواز الوصية اجماع الامة وقوله لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم بثلاث اموالكم من غير تقييد باجازه وقوله وسنين ما هو الا فضل فيه اي فعل الوصية او في قدر الوصية ولا يجوز بما زاد على الثلاث لقوله عليه السلام في حديث سعد ابن ابي وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن رح في كتاب الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة رح قال حدثنا عطاء بن السائب عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص قال دخل النبي عليه السلام يعودني فقلت يا رسول الله اوصني بمالي كله قال لا فقلت فبا نصف قال لا قلت فبا الثلث قال الثلث والثلث كثير لا تدع اهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وقوله وهذا لانه ظاهر والضمير البارز

(كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون وجوعا عنه)

في قوله لم يظهره واظهره للاستثناء وقوله تحرزا عما يتفق من الاثار اري احترازا عما يوجد من تأذي البعض وقطعة الرحم بسبب اثار البعض على البعض على ما بينه يعني عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الخيف في الوصية روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروي الخيف بالجيم والنون المفتوحين وهو الميل وقوله الا ان تجبرها الورثة استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث وقوله لان الساقط متلاش دليل قوله كان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث فان قيل لانسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غايده الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق الغائب يعني كما في العقود الموقوفة اذ يحتتها الاجارة وكتبوت الملك في الغصب عند اداء الضمان فان الملك ثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قدمضي وتلاشي حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله ولان الحقيقة دليل آخر وتقريره حقيقة الملك للوارث ثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول المرض من كل وجه لا تقلب الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يتول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لا تقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا غاص جرح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احدا الامر بن اما

(كتاب الوصايا * باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه)
اما ان يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا التليب
مانعاً اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد
تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثم لان السبب هو مرض الموت ومرض
الموت هو المنصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب
وهو باطل فتحن بين امرين اما ان نطل العوض الجارح نظراً الى عدم الحقيقة واما
ان نجيز الاجازة نظراً الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحد هما فتقلاً لا يجوز الاجازة
نظراً الى انتفاء الحقيقة وجاز العوض نظراً الى وجود الحق ولم يعكس لكون العوض مطلوب
الحصول وقوله والرضى بطلان الحق لا يكون رضى بطلان الحقيقة جواب عما يقال
الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاة فكان كسائر الاسقاطات وفيه لارجوع فكذلك فيها
ووجهه انه قد عرف ان ثم حقاً وحقيقة وانما رضى بطلان الحق لا يبطلان الحقيقة لان
الرضى بطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله وكذا ان كانت الوصية
للوارث ظاهر وقوله وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي ذكره تفرعاً
على مسألة القدوري ووجه قول الشافعي رح ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال
مملوكاً للوارث لان الميراث ثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون
اخراجاً عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم الا بالقبض * ولنا ان الموصي صدر منه السبب وكل
من صدر منه السبب ثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصي له يتملك من الموصي
وقوله والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجاً عن الملك يعني ان الاجازة
ليست بسبب الخروج عن الملك وانما هو رفع المانع وقوله وليس من شرطه القبض رد كونها
هبة فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطاً وهو ممنوع فصار مانعاً فيه كما مرتهن اذا
اجاز بيع الراهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري ثبت من قبله واجازة
المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان اجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله

(كتاب الوصايا * باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)
وذلك يدل على كونه ما يكفيكون التملك من جهته واجيب بان الوارث كان له حق
استقطه بالا جازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تملكيا كالعق والفايدة تظهر
فيما اذا اجاز في مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة ويصير ملكا للموصي له قبل
التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعد ها عندنا ولو كان التملك من جهة الوارث لانعكست
هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة **قوله** ولا يجوز للقاتل عامدا ان اوخاطئا لا تجوز
الوصية لمباشرة القتل عامدا ان اوخاطئا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره
الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما
في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة متعامة
قاتل ابيه في تركته والموصي له يشاركه في هذا المعنى فجاز التماس عليه والمشابهة بين المقيس
والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزمة ولعل النقصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسير
جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي رح يجوز الوصية للقاتل مطلقا لانه اجنبي
عنه فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم انه
قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعندنا لا تبطل والحجة عليه في الفصلين يعني فيما كان
القتل قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلا لا يفصل بين تقدم الجرح
على الوصية وتأخره عنها ومن المعتقد الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان
القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثم واجيب بجعل الجرح
مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام ان المعتبر في كون الموصي له قاتلا
او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان
الموت مؤخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بان ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته
لماعتق المدبر اذا قتل مولا لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل واجيب بان عتقه من حيث
ان موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث

(كتاب الوصايا * باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه)
 من حيث الصورة لوجود شرط العلق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية
 ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف فرج
 لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة التي آخر ما ذكره
 في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية
 دون الميراث اجيب بان الاجارة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية
 من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لاصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه
 بتصرف العبد وقوله ولانهم لا يرصونها اي الوصية للقاتل كما لا يرصونها لاحدهم اي احد الورثة
 وفي الوصية لاحدهم ان اجازها البقية نفذت فكذا للقاتل وقوله ولا تجوز لو ارثه اي لو ارث
 الموصى لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا الوصية لموارث ولانه
 يتأذى البعض الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله بالحدوث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم
 في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطية وقوله ويعتبر كونه وارثاً او غير وارث
 وقت الموت ذكر في فتاوى فاضيل خان ولو اوصى لاختوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية
 لهم بالسوية ان لا تالانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية
 للاخ لاب والاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت
 الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت الوصية للاخ لاب وام والاخ لام لانهما يرثانه وقوله
 واقرار المريض للوارث على عكسه اي على عكس الوصية بتأويل الايصاء او المذكور
 اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار
 دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك انا كن كونه وارثاً بسبب حادث واما اذا كان
 كونه وارثاً بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثاً وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض
 اقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق
 وقبله كان عبداً وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي

(كتاب الوصايا) باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه
 فلا تبطل بضرورة الابن وارثاً بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى
 صار الاخ وارثاً بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره
 حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره رحمه الله وارى ان اطلاق المصنف رحمه الله
 عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لو ارثته كونه وارثاً عندنا لاقراره والعبد
 ليس بوارث عندنا لكونه محروماً فلا يكون اقراره للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس
 بمحروم فيكون وارثاً عندنا اقراراً وان كان محجوباً والاقرار للوارث باطل وقوله الان يجزى
 الورثة استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه ويرى هذا الاستثناء فيما روينا من قوله عليه السلام
 الا لاوصية لوارث وقوله ولان الامتاع لحقهم اي لحقهم الذي هو تأديتهم بايثار البعض دون
 البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتاع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين
 اجازوا ولم يجزوا لانه لاحق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي وقوله ولو اجاز بعض ظاهر
قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر وصية المسلم للكاfer الذمي وعكسها جائزة اما الاول
 فلعله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية نفى النهي عن السر اليهم والوصية
 لهم براليهم فكانت غير منهيئة * واما الثاني فلما ذكره في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي
 رواية الجامع الصغير باطله وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على
 جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل ثبت الملك لهم
 لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تملك
 ماله في حياته فكذا بعد وفاته خلا انه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم
 عما زاد على الثلث لنحق ورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثته الحربي ليست كذلك
 وقوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة
 الوصية وانما هو شرط لثبوت الملك للموصي له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تملك
 بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك بتمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول

(كتاب الوصايا) باب في صفة الوصية وما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعاً عنه
حق القبول مادام ممكناً من الموصي له فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد
القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملاً بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصي له
من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياساً ويلزم ذلك ورثة الموصي له
ردوا او قبوا في الاستحسان وقوله ويستحب ان يوصي الانسان واضح وحاصله ان التقليل
في الوصية افضل والية الاشارة في قوله عليه الصلوة والسلام انك ان تدع عيالاً الحديث ومعناه
ورثتك اقرب اليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر
رضي الله تعالى عنهما فالان يوصي بالخمس احب الينا من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع
احب الينا من ان يوصي بالثلث والكاشح العد والذي ولي كسحه وهو ما بين الخاصرة الى
الضلع وقيل الكاشح العد والذي اضمر العداوة في كسحه وانما جعل هذا التصديق افضل لان
في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله والموصي به يملك بالقبول واضح وقد تقدم له الكلام
عليه قبيل هذا وقوله ولا يرث الموصي له بالعيب صورته ان يشتري المريض شيئاً ويوصي به لرجل
ثم الموصي له بجدة معيبا فانه لا يرثه على بائعه ولا يرثه عليه بعيب صورته ان يوصي بجميع ماله
لا انسان ثم باع شيئاً من التركة وجد المشتري به عيباً لا يرثه على الموصي له ولو كان ثبوت
الملك للموصي له بطريق الخلافة ثبت ولا يثبته الرد في الصورتين جميعاً كما في الوارث وقوله
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية
لمنفعة الموصي له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصي له بعبد اعمى وجب عليه
بفقرته بلا منفعة تعود اليه وامثال ذلك كثيرة وقوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله والموصي به
يملك بالقبول يعني الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على
الوصية يعني في الحكم فان قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية
يوصي بها ادين فاجاب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض **قوله** ولا تصح وصية الصبي
بكلامه واضح وقوله ولولم تنفذ بقي على غيره يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقياً على نفسه

(كتاب الوصايا * باب في صفة الوصية وما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعاً عنه)

فانه يحصل له بسببها نيل الرقي والدرجة العليا ولو لم تنفذ بقوى ماله على غيره فكان الوصية أولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغالم بمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه او كانت وصية في تجهيزه وامردفه ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاماً لم يحلم وانه وصى لابنته عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازاً او يكون الوصية في التجهيز وامردفه واجب بان قوله كان غلاماً لم يحلم معنى البافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقله بمعناه وقوله انه وصى لابنته عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامردفه قال الطحاوي والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لان راويه عمر ابن سليم وهو لم يلق عمر وعند المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه الصلوة والسلام رفع القلم عن ثلث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فانه ادل على ان الصبي ممنوع من ماله وقوله وهو يحزر الثواب جواب عن قوله ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الرقي وقوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه وقوله والمعتبر في النفع والضرر تنزل في الجواب كانه يقول سلماً ان بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا يرى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج باختها الموصرة الحسنة لكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من اهله وقوله بخلاف العبد والمكاتب يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فثلث مالي وصية يصح لان اهلهن ماستثمة اي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله ولا تصح وصية المكاتب يعني تنجيزه لان اضافته الى العتق صحيحة كما مر آنفاً وقوله والخلاف فيها معروف عرف في موضعه يعني في باب الحنث في ملك المكاتب

(كتاب الوصايا باب في صفة الوصية وما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا عنه)

المكاتب والمأذون من ايمان الجاعع الكبير وما عرف ثم هو ان المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فتنق فملك لم يعتق عند ابي حنيفة رح وعنف عند هاهما ان ذكر الملك بنصرف الى ملك قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولابي حنيفة رح ان الملك للمكاتب نوعين احدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله وتجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلاث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له اوبه معرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف رح وصححه الاسيبجا بي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله بعد موته لانه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارفا فكذا وصية لكونهما اختين فان قيل لو كانتا اختين لما جاز ردها كما لم يجز رده اجاب بقوله الا انه اي فعل الوصية او الايصاء يرتد بالرد لما فيه من التملك دون الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله ويجوز الوصية للحمل يعني ان الهبة للحمل لا تصح لانه تملك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يشبه بالقبض ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا يحصل الملك فيه للقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا مسألة ولقائل ان يقول في كلام المصنف رحمه الله تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده

(كتاب الوصايا * باب في صفة الوصية وما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا عنه)
 بخفة وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله بابها وسع الى آخره واضح وان اختلف
 في ذهك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها
 في غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى وقوله ومن اوصى بجارية يعني قال
 اوصيت بهذه الجارية لغلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية
 لا يتناول الحمل لعطالانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع له ولا لا يتناول اسم الجارية
 صح استثناءه من الجارية كقميميها وسراويلها مما يلبس بها وفيه اشارة الى ان ما يقال الحمل جزء
 من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز كذلك الحمل وذلك
 لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناول
 اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير الملك للموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت
 لغلان الف درهم الا فرسا فان الوصية في الف صححة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه
 في الفرس لبا اعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلان قيل لان سلم ان اسم الجارية
 لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصي له ولو لم يتناول لما استحقه كغيره من امواله اجاب
 بقوله ولكن يستحق بالاطلاق تبعاعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحقه اذا اطلق الموصي عن
 قيد الافراد فاذا افرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة
 وقوله ولانه يصح قد ذكره في البيوع **قوله** ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية الرجوع
 عن الوصية جائز لوجهين * احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع
 التام كالهبه جاز الرجوع فيه فقيما لم يتم اولى * والثاني ان القبول يتوقف على الموت
 والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع فقي التبرع اولى ثم الرجوع
 قد يكون صريحا وهو ان يقول رجعت عما اوصيت به لغلان وقد يكون دلالة وله انواع
 ذكر المصنف رح لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله وان جحد الوصية لم يكن
 رجوعا كذا ذكره محمد رح اعلم ان مجمد اذ كر في الجامع ان جحد الوصية ليس برجوع

(كتاب النوايا * باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما لا يجوز)

برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع فمن مشائخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود
في غيبة الموصي له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صبح
الانكار والانتكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط
على الجحود بحضرة الموصي له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانتكار حينئذ * ومنهم من
حمل المذكور في الجامع على ضرورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا وصي
الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم اشهدوا اني لم اوص لفلان لا بتليل ولا بكثير لا يكون هذا
رجوعا لان قوله اشهدوا اني لم اوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد اوصيت
لفلان بكذا الا اني سألتكم ان تشهدوا لي بالبطل وطلب الشهادة الباطل لا يكون رجوعا
لاننا ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات
كلها * ومنهم من قال المذكور في الجامع الصغير جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب
الاستحسان * ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام رح وهو الاصح * ومنهم
من قال المذكور في الجامع قول محمد رح والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف رح
وقال شمس الائمة السرخسي رح هو الاصح لان المعلق قال في نوادره قال سألت ابا يوسف رح
عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا رح فقال لا يكون
الجحود رجوعا وهو مختار المصنف رح واستدل لابي يوسف رح بان الرجوع نفي
في الحال والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفي الحال وحده رجوعا فنفي
الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحود وهو ان يقول لم اوص
لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة
ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت مالم يغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في
جحدوه فان الغرض انه اوصي ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته

(كتاب الوصايا * باب الوصية بثلاث المال)

وهو الانتفاء في الحال فكان المحجود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله ولان
كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل وقوله
اولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والمحجود نفى في الماضي دليل آخر
وتحقيقه ان احدهما مركب من النفي والاثبات والاخر مجرد النفي فلا يكون المحجود
رجوعا حقيقة ولا العكس ايضا وفيه نظر من وجهين * احدهما انه قال في الدليل الاول ان
المحجود نفى في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والمحجود نفى في الماضي
والحال وبينهما تناف * والثاني انه لا يلزم من عدم كون المحجود رجوعا حقيقة عدم جواز
استعماله فيه مجازا اصولا الكلام العاقل عن الالغاء والحواب عن الاول ان قوله نفى في الماضي
والحال معناه نفى في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي
ومن الثاني بان الرجوع والمحجود بالنظر الى الماضي متضادان والنضاد ليس من مجوزات
المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير ولهذا لا يكون محجود النكاح فرقة يعني
مستعار للطلاق لان المحجود يقتضي عدم الشكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكذلك متقابلين
فلا يجوز استعارة احدهما للآخر قوله ولو قال كل وصية اوصيت بها واضم وقوله لان اللفظ يدل
على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها
لغيره وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا حكمه يريد به ما قدم من التوقف
على اجازة بقية الورثة فان اجازوا اجازت والا فلا *

باب الوصية بثلاث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكرنا ذلك
المسائل التي تتعلق بهذا الباب بعد ذلك كرمقده مات هذا الكتاب **قوله** ومن اوصى لرجل
بثلث ماله ثم اوصى لآخر ايضا بذلك فالورثة اما ان يجيزوا او لا فان اجازوا فلهما الثلثان ولهم

(كتاب الوصايا باب الوصية بثلاث المال)

ولهم الثلث وان لم يجزوا فالثالث بينهما نصنان اذ لا يزداد على الثلث حينئذ وليس احدهما
اولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي
في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين اقاما البينة على
نكاح امرأة بطل البينتان جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما الثلث ولاخر بالسدس واضح
وقوله ولا يضرب ابو حنيفة رحمه الله اي لا يجعل من ضرب في ماله سهما اي جعل ومفعول
لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا * وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما الف
ومائة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما للفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فانه
حصل المحاباة لاحدهما بالف والاخر بخمسائة والكل وصية لانه في حال المرض فان
لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بتدوير الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب
الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي
خمسائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة رحمه الله وجب ان لا يضرب
الموصى له بالالف في اكثر من خمسائة * وصورة السعاية ان يوصي بعقود عبيدين قيمة احدهما
الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجزوا
عتقا من الثلث وثلاث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الف للذي قيمته
الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي * وصورة الدراهم
المرسله اي المطلقة وهي ان يوصي لرجل بالفين ولاخر بالف درهم وثلاث ماله الف درهم
ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية
في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك
فيما اذا اوصى لرجل بثلاث ماله ولاخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللزوم في مخرجه
لم يصح لان ماله لوكثر او خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث
لهماء الخلافية وهي ما اذا اوصى لاحدهما بجميع ماله والاخر بثلثه ان الموصي قصد شيئين

(كتاب الوصايا * باب الوصية بثلاث المال)

الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض
وفد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية والدراهم
المرسلة ولا يحنف رحمه الله ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان التفضيل انما ثبت بناء
على الاستحقاق فاذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل
بطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك تساويان
فكذلك ههنا بخلاف مواضع الاجماع يعني المحاباة واختيارها وهو واضح وقوله وهذا بخلاف
ما اذا اوصى بعين من تركته صورة تنقض نرد على المسائل المجمع عليها **قوله** وان احصل
ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني بان كان عبد الوصي به لرجل وبثلث ما له لاخر ولا مال
له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصان وان احصل ان يكتسب هذا العبد مالا
فبصير قيمته مساوية لثلث المال او ظهر له مال بحيث يصير العبد لثلث المال وقوله لان هناك
الحق تعلق بعين التركة يعني ان حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين
بطلت الوصية وان امتداد مالا آخر وحق الورثة ايضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث
فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا
لو هلكت تنفذ فيما يستفاد فلم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه **قوله** ولو
اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل
نصيب ابنه جازت كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن
ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز والثاني وصية بمثل نصيب الابن
ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به وقال زفر رح جازت الاولى كالثانية نظرا الى حال
الوصية فان المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد واما لك ان يتصرف في ملكه كيف يشاء
وجواب ما قلنا وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير **قوله** ولو اوصى بسهم من ماله معناه قلنا
السدس لا يزداد عليه ولا ينتقص منه فان قيل من اخس الانصباء اقلها والثلث اقل من السدس

(كتاب الوصايا * باب الوصية بثلاث المال).

من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قُلبت لجعله بـمعناه لما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة
اما الاثر فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم
فيما يروي ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس ابن معاوية قاضي بصرة قال السهم
في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشائخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت
اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي
فعلى رواية الجامع الصغير جوز ابو حنيفة رحمه الله تعالى النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة
على السدس وعلى رواية الاصل جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس
ورواية المصنف روح بخالف كل واحد منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فبم له السدس
ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على
رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقال له مثل نصيب احد الورثة ولا يزداد على الثلث
الا ان تجزئها الورثة ومفزعهما العرف فان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما
في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد ابي الاقل على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد
عليه عند عدم اجازة الورثة ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال
من اثر ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وقول اياس روح وقوله ولا يزداد به السدس الى
آخرة مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرناه وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر
الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس
لما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم
يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس
السهام فان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على
السدس وقد قال في الكتاب لا يزداد عليه وان كان مراده السدس فماتم عمل بالدليلين واما
الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما يؤدى الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا

(كتاب الوصايا * باب الوصية بثلاث المال)

ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تغلق
 لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس ورحمة الله وان اراد به
 الاقل منهما عاذا لاضراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وارى ان المراد
 بقوله ما ذكرناه هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا و اشار بذلك الى رواية المبسوط
 وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور
 في الكتاب من قوله الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية
 واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مرادة فهو كما ترى تعمية وان كان
 غير ذلك فالله تعالى اعلم به وجهه المقلد موعة * وصورة المسئلة ما اذا اوصت امرأة سهم
 من ماله ثمان مائة وترك زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول
 ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يعطى الربع اي مثل الربع فيعطى الخمس فجعل المسئلة
 على قوله على ستة لاجنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع
 ولا يستقيم الربع عليه فيضرب في اصل المسئلة مخرج الكسر وهو اربعة تبلغ اربعة وعشرين
 كان للموصى له سهم يضرب في اربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع
 وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزداد مثل اخس سهام الورثة وهو
 واحد على العريضة وهي اربعة فيصير خمسة ويعطى الموصى له شهدا والزوج سهم واحد
 ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي للبنت وانما كان كذلك لان الموصى اوصى بمثل
 نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزداد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع
 واما على رواية الاصل فتخرج كتنخرجهما وعلى هذا من امثالها وخرجها على الروايتين
 وقوله قالوا اي مشائخا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة **قوله** ولو اوصى بجزء من ماله
 قبل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة
 الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليعلم البيان ولو اوصى ببعض من ماله او بطائفة او بنصيب

كتاب الوصايا * باب الوصية بثلاث المال

أرى نصيب أو بشي فالحكم كذلك وقوله واجازت الورثة فله ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان
الراجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازت الورثة فائدة فالجواب ان معناه
حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد
بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها الجواب ثلث على السدس
فيجعل السدس داخل في الثلث لانه متيقن وحمل الكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث وقوله
والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول قد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى
قوله ومن اوصى بثلث درهم او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث
ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر ررح له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما اي من
الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتولى ما تولى منه على الشركة
ويبقى ما بقي منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا ان هذا جنس
واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق احدثهم في الواحد اي يمكن جمع حق شائع
لكل واحد في فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع واذا امكن الجمع
جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا
المعين مقدمة على حق ورثته بتدبر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل
والاصل في مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون
الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهلاك الى الربح الذي هو تبع
لا الى رأس المال وصارت الدراهم اي صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد
ولو اوصى بدرهم وله ثلثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له
الدراهم فكذلك هذا وقوله بخلاف الاجناس المختلفة جواب عن قول زفر ررح كما اذا كانت
التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة
وابى الباقي فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من

(كتاب الوصايا باب الوصية بثلاث المال)

المعادلة وهي فيها معذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فاما هلك هلك على الشراكة وما بقي بقي عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو اوصى بثلاث ثيابه واما اذا اوصى بثلاث ثلثة من رقيقه من جنس واحد وبثلاث ثلثة من الدور فليس له الا ثلث الباقي لكثرة التقاوة هكذا الجاب محمدرح في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلاف المشائخ فقيل هذا قول ابي حنيفة رح وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها واما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق ويكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عده باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام رحمهما الله تعالى وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك ابي بدون اجتهاد القاضي وجمعه بتعذر الجمع واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشراكة ما بقي وما هلك والاول وهو ان يكون في المسئلة اختلاف اشبه للنفقة المذكور وهو ان ابا حنيفة رح لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلغة لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا **قوله** ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الف من ثلث العين بان كان له ثلثة آلاف درهم نقد ادفع الف منه الى الموصى له وان لم يخرج بان كان النقد ايضا الف ادفع منه اليه ثلثة وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الف لان الموصى له شريك الوارث والاصل في المال المشترك ان يوفى حق كل من الشركاء بلا بخس ولا بخس في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين في الاول فيصار اليه وفي الثاني بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان للعين فضلا على الدين على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قبل الموصى به الف من المال والدين ليس بمال فان من حلف انه لا مال له لم يحث بديون له على الناس سلمناه ولكن لانسلم ان الموصى له شريك الورثة

(كتاب الوصايا باب الوصية بثلاث المال)

الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشي معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على
 الوارث ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصّة الموصى له فيما بقي من المال والجواب
 من الاول ان الموصى به الف اعم من ان يكون مالا في الحال او في المال لان الوصية تتعلق
 بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين واما في المعين
 فان الوارث كما لو دفع ع لايض من اذالم ينعد **قوله** ومن اوصى لزيد وعمر وبثلث ماله واضح
 وان دفع بقوله فلا يراحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمر وهما بالحيوة فمات ثم مات احدهما
 فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاومة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل
 حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي
 بحيوة تده وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجمع الثلث لعدم المزاومة عند
 ايجاب الموصي وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه والضدير في قوله لان الوصية عند الموصي
 والباقي ظاهر وقوله ومن اوصى بثلاث ماله ظاهر وقوله فالصحيح ان الوصية تصح احتراز
 عن قول بعض المشائخ رحمهم الله تعالى ان الوصية باطلّة لانه اضاف الى مال خاص فصار
 بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث رح هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى
 غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى هذا يخرج كثير من
 المسائل فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله ولو قال بقتير حنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح
 الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه اذا
 لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له والفرق ما ذكرناه **قوله** ومن
 اوصى بثلاث ماله لامهات اولاده ما ذكره واضح صورة وتعليلا خلا قوله واصله ان الوصية
 لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا
 والتباس ان لا تصح لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت
 مولاهما وذلك حال حلول العتق فالعتق يحلها وهي امّة فتستحق الوصية وهي امّة والوصية

(كتاب الوصايا * باب الوصية بثلث المال)

لا مند بشيء غير رقبته باطله * وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول
 العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطله والصحيحة
 هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته
 وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال
 للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا
 ومضافا بخلاف ام الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا فلا نها تعتق بموت المولى وان
 لم يكن ثم وصية اصلا ولتأمل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى
 وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد
 الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى
 فلو كان بالوصية ايضا توارد علنان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته
 وذلك باطل وقوله وادناه في الميراث قيد بذلك احترازا عن فصل الزكوة فان لفظ الجمع
 هناك منصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا
 الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلا منهما يملك المال بعد الموت كان الجمع
 هناك ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله نجد ذلك في القرآن يريد به قوله تعالى فان كان له
 اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذلك قوله وانه
 يتناول الادنى مع احتمال الكل **قوله** ومن اوصى لرجل بما تعد لهم صورة المسئلة ظاهرة
 ودليلها وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضى
 التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به
 لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة * وجه الاستحسان انه
 اثبت الشركة وهي تقتضى المساواة والمساواة انما تثبت اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة على
 مقتضى اشراكه اياهما جملة واحدة وانما يأخذ نصف كل مائة اذا كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس

وليس كذلك بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعائة ولاخربائتين ثم كان الاشراك اي ثم
قال لاخراشركتك معهما فان له نصفه الكل منهما لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت
المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو
وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان قوله ومن قال يعني لورثته لفلان علي دين فصدقة
يصدق الى الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول والقرار بالمجهول
وان كان صحيحا لكن اذا ترن من جهة المقرين وقد فات بموته وقوله فصدقة يعني فيما
قال لا يصلح بيان الكونه صدر مخالفا للشرع لان المدهي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته
اقرارا مطلقا يعني من كل وجه فلا يعتبر * وجه الاستحسان ان المقرر قصد بهذا الكلام
تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذ بطريق الوصية فينفذ فان قيل
لو كان قصده الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج اي المقرر الى مثل هذا الكلام
لعلمه باصل الحق عليه دون مقداره سعيامن في تفرغ ذمته فجعلها اي هذه الوصية وصية
جعل النقد يرفيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي
ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة وقوله فان اوصى
بوصايا غير ذلك الى آخره واضح وحاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية
تنفيذا فبا اعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا
في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقوله ومن اوصى
لاجنبي ولورثته ظاهر وقوله وهذا اي هذا الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او دين
لورثته ولا اجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية
انشاء تصرف اي ابتداء تملك من غير ان يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت
حكماله عقيه فحيث لم يقع التملك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة
فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها واما

(كتاب الوصايا * باب الوصية بثلاث المال)

في الإقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبله لان الإقرار يقتضي سبق المخبر به
وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك أي في الإقرار بالمال المشترك إقرار للوارث على
ما ذكر في الكتب وهو باطل ولا فرق في ذلك بينما اذا تصادقا على ذلك أو جحد الأجنبي
أو الوارث ذلك أو انكراه جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد ربح
إذا لم يتصادقا صح في حصة الأجنبي لان الوارث مقرب بطلان حقه وبطلان حق شريكه
فبطل في نصيبه وثبت في نصيب الآخر فلا اثباته مشتركا هو المطلق وقد وجد ولقائل
ان يقول هذا الإقرار بالنظر إلى الأجنبي صحيح وبالنظر إلى الوارث غير صحيح فمواجهة
ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى إلى إبطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو القاعدة
المستمرة وهي ان اليقين لا يزول بالشك وتقريظة ان حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها
ففي كل جزء فرضته يشتركان فثبت للأجنبي الملك فيه بالنظر إلى صحة الإقرار له
ولا يثبت بالنظر إلى الوارث ولم يكن له ملك قبل الإقرار فلا يثبت بالشك وقوله بقاء
وبطلانا أبي بقاء في حق الأجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في
حق الأجنبي وتبطل في حق الوارث لا امتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر **قوله**
ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردي رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردي يخرج
من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها الرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدري
أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه فدهلك الثوب الذي هو حقه كانت
الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المتصور وهو تمام
غرض الموصي الا ان يسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين فان المانع حينئذ قد زال فيقسم
مينا بينهم على ما ذكر المصنف ربح في الكتاب وهو واضح ان ابتدئ بتعليل جانب صاحب الجيد
وصاحب الردي وان ابتدئ بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو ان يقال
الهالك ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك

الهالك اردى من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردى منهما فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك
 اخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من
 الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فإخذ ثلث كل واحد بقي صاحب الجيد وصاحب الردى
 فصاحب الجيد يدعى الجيد ولا يدعى الردى لانه لا حق له فيه قطعاً وصاحب الردى يدعى
 الردى دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردى لصاحب الردى وقوله واذا كانت
 الدارين رجلين ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابعوا ما قوله هذا فيه بحث وهو انه
 قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر
 في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب بانه قال
 هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس
 واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة
 فيه تابعاً كما ذكره نالان الجبر لا يجري في المبادلة فيكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة
 هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما
 المتصون الافراز تكميلاً للمنعقة ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر وقوله اما لانه عوضه
 كما ذكرناه يعني في الجارية الموصى بها وقوله اولاً لانه اراد التدبير على اعتبار احد الوجهين
 يعني في وقوعه في نصيب الشريك والتملك بعينه على اعتبار الوجه الاخر يعني في وقوعه
 في نصيبه وقوله فنصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فان قيل ينبغي ان يقسم
 نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة لانه
 لما صحت الوصية عندهما في عشرة اذ ع بقي حق الورثة في اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم
 في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكاً بذهب محمد رح وزعم الموصى له ان حقه
 في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهماً فصار
 الكل احد عشر وقوله وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح بل قوله في الاقرار كقولهما في الوصية

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصلي مقدم على العارض وقوله واذا اقر المريض لامرأة واضح مبناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصي له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تملك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله لان الاقرار ملزم فيه تلويح الى رد قول زفر رح وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التملك ولهذا لا يصح للوارث ووجه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالموت في باب الوصية وقوله الا ان الثاني يؤخر عنه اي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المريض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية لانه يعنى الوصية بتأويلها الايصاء وقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق يعنى لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت * اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره هنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه اي على العبد دين يصح الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله والمقعد والمفلوج المقعد من لا يقدر على القيام * والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والاشل من شلت يده والمسلول هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها وقوله صار طبعا من طباعه يعنى خرج من ان يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما اصابه

كتاب الوصايا * باب العتق في المرض

ذلك وصار صاحب فراش ومات من ابامه لانه يخاف منه الموت ولهذا يتدارى
فيكون مرض الموت *

باب العتق في المرض

الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرد به باب على حدة
واخر عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قوله ومن اعتق عبدا في مرضه
كلامه واضح وقوله والمراد الاعتبار من الثلث اى المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث
لاحتمية الوصية لان الوصية عبارة عما اوجبه الموصي في ماله بعد موته منطوعا وقوله
كاضمان والكفالة غاير بينهما بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة فان من الضمان
ما لا يكون كفالة بان قال الاجنبي خالع امرأتك على الف على اني ضامن وكذلك
لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك بخمس مائة من الثمن سوى الالف
فان بدل الخلع يجزى على الاجنبي لا على المرأة والخمس مائة على الضامن دون
المشتري وقوله وما انتذه من التصرف اى تجزى في الحال ولم يصفه الى ما بعد الموت فالمعتبر
فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل
مرض صح منه فهو كحال الصحة لان البرء تبين انه لاحق لاحد في ماله وقوله فان حابى
ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين من رجل بالف واعتق عبدا
يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحابة اولى وان ابتدأ بالعتق تحاصفا فيه عند
ابي حنيفة رحمه الله تعالى نفى الاول يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق من الثلث
شي الا ان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتحاضران في مقدار
الثلث وقال العتق اولى سواء قدم المحابة او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر
الثلث وتخبر المشتري ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير

من غير رضاه وان شاء امضى العتق وادى كمال قيمة العبد الفتي درهم والاصل المذكور
 في الكتاب ظاهر وقوله الا العتق الموقوف اي المبجول المنفوس الى اعتاق الورثة مثل ان يقول
 اعتقوه اوبوصي بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله كالندير الصحيح احتراز عن العائد
 منه مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم كما سيجي وقوله المحاباة في البيع بالرفع معطوف
 على قوله الا العتق الموقوف وغيره يلحقه اي غير العتق الموقوف يلحقه النسخ كالوصية بالعتق والوصية
 بالمال وقوله يستوي فيه من سواه اي سوى العتق والمحاباة وقوله لهداى الخلافة وهي التي
 قدم فيها المحاباة على العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا يرى انه اذا وصى بثلاث
 ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلا تاوصل او فصل ولا عبرة للبداء فكذلك ههنا وقوله لانها
 تثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض لا يلحقه الحجز عنها فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق
 تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجز عنه وقوله قسم الثلث
 بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق
 متقدم عليها فيستويان وفيه بحث وهوان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة
 الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو ناقض
 الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة رحمه الله تعالى وايضا لو حاجي ولم يخرج من الثلث
 تحاضا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضى الترجيح يستدعي ان تنفذ الاولى ثم الثانية والجواب
 عن الاول ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف
 في موضعه وعن الثاني بانها انما تحاضلان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقص
 اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقصناه بعد الموت وثبت لهما بحكم
 الوصية وهما ناذتان فاستوتا كذا في النهاية وقوله قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة
 وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين
 العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون

(كتاب الوصايا * باب العتق في المرض)

مساوئها والعتق الاول متقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول
بشاركه فيه العتق الآخر المجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى
صاحب المحاباة كمال حقه وكان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب العتق
الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق
آخر وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان
حق العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدوران نقض صاحب المحاباة
البيع بالزمنه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصين لاستواء حقهما قوله وان اوصى
بان يعتق عنه بهذه المائة عبد كلامه واضح **قوله** وبقي شيء من الحجية يرد على الورثة قال
الامام الكيساني رحمه الله تعالى الان يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له
وقوله وهذا اشبه بعني الى الصراب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيختلف المستحق
اذا هلك منه شيء ويبطل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله ومن اوصى بعتق عبده اي
باعتاق عبده وقوله لانه ينلقى المالك من حقه اي لان الموصي له يتلقى المالك من جهة
الموصي الا ان ملكه اي ملك الموصي باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذارحم محرم
من الورثة لم يعتق عليهم لما يبا ان ملك الميت فيه باق لحاجته وانما يزول ملكه بالدفع
فاذا خرج به اي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته بسبب
الدين فان فداء الورثة كان العداء في اموالهم اي كانوا متبرعين فيما فدوا به وقوله ومن اوصى
بثلث ماله لآخر واضح وقوله وان كان على المعتق دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته
ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض
انما يمنع احدهما الاخران لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وهما
لما حصل معا بنصديق واحد بقوله صدقنا جعل كأن الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان
معا كذلك وله ان الاقرار بالدين اي ولاي حنيفة رحمه الله تعالى وجهان احدهما ان الاقرار

(كتاب الوصايا * باب العتق في المرض * فصل)

الاقرار بالدين اقوى على ما ذكر والثاني ان العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى لوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك الف درهم دين فقال المريض صدقتنا عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا وقوله وعلى هذا الخلاف الى آخره لهما ان الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاضن كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقع معا بخلاف المورث ولما ان حقه ثبت في عين الالف مقارنا لثبوت الدين في الذمة وعند انتقاله منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال له ذلك فقال صدقتنا والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب *

فصل

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلوة او صيام او زكاة او حج او كفارة او نذر او صدقة الفطر فاما ان يوصي بها لولا فان كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وماله لله تعالى اما ان يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصلوة والصوم او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبههما او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصايا كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة

(كتاب الوصايا * باب العتق في المرض * فصل)

وان لم يجزوها فان كان كلها لله تعالى وهي فرائض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ
بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة
والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البدء بما هو الا اهم وان تساوت
في القوة يعني ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدى بما قدمه الموصي لان الظاهر
ان يدى بالا هم فان قيل ابن ذهب قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولا معتبر
بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة رح
عليهما اجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحدا واما اذا
تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو وصى بثلثة لانسان ثم اوصى بثلثة لآخر وقوله والزكاة
تعلق بها حق العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله
اذ جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات اما في الزكاة فقوله تعالى وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ
الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ واما في الحج فقوله تعالى
وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ مكان قوله وان لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم
وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ حِجَّةُ الْإِسْلَامِ ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله والكفارة في القتل
والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ترك كفارة الاظهار لانها ليست مقدمة
على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستقبضة وقوله
وعلى هذا يقدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على التدوير
لكونها واجبة بايجاب الشرع والتدوير بايجاب العبد والتدوير تقدم على الاصلحية لوقوع
الاختلاف في وجوبها دون وجوب التدوير وما ليس بواجب يقدم منه ما قدم الموصي لما بينا
يعني قوله لان الظاهر ان يتدوى بالا هم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به
ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذلك ههنا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن
اصحابنا رحمهم الله تعالى ان يبدء بالافضل فلا فضل يبدء بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا

من الاسراء رتب على هذا الترتيب اولم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع
 الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد ويجعل كل جهة من جهات القرية مفردة بالضرب
 ويقسم على عدد ما اذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ونريد يقسم على
 اربعة اسهم لان المتصور بجمعها وان كان متحدا وهو رضى الله تعالى فكل واحدة في نفسها
 مقصودة فتتفرد كما يتفرد وصايا الادميين فان الجميع منها وان كان المتصور به القرية اذا
 اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذلك هذا
قوله ومن اوصى بحج الاسرام احجرا عسرا من بلدة كلامه واضح قوله وقد فرقا بين هذا
 وبين الوصية بالعتق من قبل يعني على مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى وهو الذي ذكره
 قبل هذا الفصل بقوله ولده انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الى آخره وقوله ومن خرج
 من بلدة حاجا فيده لانه اذا خرج للتجارة بحج عنه من بلدة بالاتفاق وسند كره بعيد هذا *
 قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق
 لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا اوصى وقوله لهما ان السفر بنية الحج وقع
 قرينة الى آخره مدفوع بقوله عليه الصلوة والسلام كل عبد ابن ادم ينقطع بموته الاثنتي
 فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب
 الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب
 ابي حنيفة رحمه الله تعالى عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج
 لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو بداله في ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق
 وفوض الامر الى غيره برضى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي
 حتى ان المأمورا لا طعام اذا اطعم البعض ثم ترك وامره غير فانه يجز به كذا في الاسرار
 وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي
 في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع في خلال

(كتاب الوصايا * باب الوصية للأقارب وغيرهم)

اي لأقرباء امرأته قال في الصحاح الأصهار اهل بيت المرأة وانما قال هذا التفسير اختيار
محمد وابي عبيدة رحمهما الله تعالى لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن ايضا وقوله
وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها يعني وان ورثت منه لكون الطلاق
في المرض وقوله ومن اوصى لاختائه يعني ان الاختان يطلق على ازواج المحارم كزوج
البنات والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم
محرم من ازواج المحارم من الذكور والانثى والازواج المحارم كلهم في قسمة
الثلث بينهم سواء قوله ومن اوصى لأقاربه يعني تصرف الى اثنين فصاعدا الأقرب
فالأقرب من كل رحم ذي محرم من جهة الاب والام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا
وارثين عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقوله فائدة الخلاف تظهر في آل ابي طالب
يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول اقصى الاب علي رضي الله تعالى عنه
فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابوطالب لانه ادرک
الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر وبقيته كلامه واضحة الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ
بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون استغناء
لمن قامت بدوين كونه متروكا بالاجماع بقوله فان عنده ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه
تقيده بما ذكرناه من الأقرب فالأقرب بالقيود الستة التي ذكرناها وعندهما باقصى اب له
في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله تعالى بالاب الأدنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح
الاستدلال بدلائل محالة وقوله واذا اوصى لأقربائه وله عمان وخالان يعني له ولد يحرز ميراثه
فالثالث اعميه وهذا الى آخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان العم اثنين كان
لكل واحد منهما النصف فكذا اذا تفرد كان له النصف ايضا واعترض بان في هذا جعل عدم
المازح بمنزلة وجود الممازح حيث قيل اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه

(كتاب الوصايا * باب الوصية للأقارب وغيرهم)

آخر وخمسة كان لقائل ان يقول اذا كان له عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان
كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال هذا يجب له الربع والخمس عند
انفراد علي بقدر ان يكون معه ثلثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا واجيب بان ذلك غير لازم
لان اعتبار المجموع كلها سافط لتعذرة فتعين ادنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيفنه والعم الواحد
نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما واذا اخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي
من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاثا وقوله لما بيناه اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار
معنى الجمع وهو الاثنان الى آخره وقوله وهي اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة الخوالة
وقوله والعمّة وأن لم تكن وارثة جواب عما يقال العمّة لا تستحق العصوبة وتقدم العمّة على الاخوال
بسببها فلم تكن قرابتها اقرب ووجه انها مستحقة للوصية مساوية للعم في الدرجة وعدم
استحقاقها العصوبة لوصف قائم بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواتها للعم في استحقاق هذه
الوصية كالعم الرقيق او الكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا يضعف في القرابة وقوله
لانسائه الانسباء في جمع النسب وهو القريب كالانصباء في جمع النصيب وقوله فيما ذكر
يعني من الميراث المذكورة على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما **قوله** ومن اوصى
لاهل فلان فهي على زوجته الوصية لاهل فلان ينصرف الى زوجته عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى والى كل من تضمنه نفقة فلان من الارحام عندهما اعتبار العرف الميراث
بقوله تعالى **وَأَتُونِي** باهلكم اجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله فنجيزاه واهله
الامر أنه وله ان الاهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله فلا يصار الى
غيرها مع امكان العمل بها قيل في الاستدلال بهذه الآية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله
امكنوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه او افاض بها من
ضمنهم نفقته فان كان معه من الارقاء احد لم يدخل فيه بالاتفاق على ان الحقائق لا يستدل عليها
لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول وانما استشهد بالآية تأسيسا فان ثبت ان

ان ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا بنا في مطلوبه كآيات التي استدل بها وقوله فلان تأهل
 ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يتجنس بابيه
 فان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا
 للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله
 ولواوصي لايتام بني فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال عليه الصلوة والسلام لايتيم بعد
 البلوغ والعميان والزمنى معروفه والارمل هو الذي لايقدر على شيء رجلا كان او امرأة
 من ارمل اذا افتقر من الرمل كادفع وهي الترهيب ومن الناس من قال الارمل
 في النساء خاصة والمختار عند المصنف رحمه الله تعالى هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم
 وهو اختيار الشعبي رحمه الله تعالى فاذا اوصى لهؤلاء فاما ان يكونوا قوما يحصون اولاد
 فان كان الاول وحد الاحصاء عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ان لا يحتاج في الاحصاء الى
 كتاب وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد ر ح اذا كانوا
 اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي دخل
 في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وتحقيق التملك فيهم
 ممكن وان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف
 ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون اولاد ايامي بني فلان وهم لا يحصون حيث
 تبطل الوصية فيه اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني
 والفقير وهل يدخل الذكور في الايامي دخوله في الارامل ولا قال الكرخي رحمه الله تعالى
 يدخل لان الايم هي التي لازوج لها بكر ا كانت او ثيبا ويقال رجل ايم ايضا وقال محمد
 رحمه الله تعالى الايم هي الثيب خاصة وقول المصنف رحمه الله تعالى محتمل والظاهر
 دخوله لانه تركه اعتمادا على ما ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والاياميين
 لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حيث يصرف الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا

(كتاب الوصايا * باب الوصية للأقارب وغيرهم)

في حق الكل للجهالة العاشقة وتعدر الصرف إليهم لكثرتهم فطلت قال محمد روح الغلام
 ما كان له ائيل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكل اذ بلغ اربعين
 فزاد دايه وما بين خمسين الى ستمين الى ان يغلب الشيب فحيث يكون شيخا في الوصية
 لتقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقلة اثنين في الوصايا
 على ما مر وقوله ولو اوصى لبني فلان يعني اذا اوصى لبني فلان فلا يخلوا ما ان يريد
 مفيدومه الاضافي او يكون اسم قبيلة او فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاثناث عند
 ابي حنيفة رحمه الله تعالى رجع اليه وكان يقول اولاد دخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاف
 اما اذا كانت الاثناث منفردات فلا يدخل بالاتفاق ووجه قولهما والخلاف ان جمع المذكور يتناول
 الاثناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله آخر ان حقيقة هذا الاسم للذكور وانتظامه الاثناث
 تجوز ولا بصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد
 الانتساب كبني آدم وهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاء وهم يقسم الوصي بين
 من يقدر عليهم من فقراهم **قوله** ومن اوصى لولد فلان ففلان اما ان يكون ابا خاصا
 او فخذ اثنان كان الاول فالوصية تناولت الاولاد دون اولادهم الذكور والاثنين عند
 الافراد والاختلاف سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة
 وولد الولد مجازا لا بصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له من الصلب يدخل اولاد
 الاولاد واولاد الاباء رواية واحدة وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن
 من ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الوصية لولد فلان يتناول الولد وولد الولد فهم ذلك
 من قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين قال القدوري
 رحمه الله تعالى والصحيح انهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وان كان
 الثاني يدخلون وان كان الصلبي قائما لان فلانا اذا كان فخذ ابنوة وبناته لا تخلو
 عن الاولاد عادة فيكون مراده فيدخل بخلاف ما اذا كان ابا خاصا فان بنوه وبناته قد

قد تخلو عن الأولاد فلا يكون مرادة وقواه ومن أوصى لورثته فلان واضح وقوله ومن أوصى لمواليه مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جواز الشافعي رحمه الله تعالى بجزء ذلك فاجاز هذا وأصحابنا رحمهم الله تعالى ما جوزوه فكذلك هذا والمروي عن الشافعي رحمه الله تعالى رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى على الأعلى والأسفل متواطأ كالأخوة على بنى الأعيان وبنى العلات وبنى الأخياف وليس بظاهر لان معنى الأخوة في الجميع واحد وهو اشتغال صلب الأب والرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه وكان في أحد ههما معنى الفاعل وفي الآخر معنى المفعول واليه أشار بقوله أن الجهة مختلفة وقوله في موضع الإثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختبار شمس الأئمة وعامة أصحابنا رحمهم الله تعالى على أن لا عموم للمشارك لافي النفي ولا في الإثبات واجابوا عن مسألة الخلاف بأن ترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل لان الحامل على البمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير مستوفين بعون الله تعالى وتأيدة فان قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطله احيب بان الكلام فيما اذا مات الموصي قبل البيان أو التوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن يصرف الوصية الى المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فصل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب أولى منه الى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لهذا المعنى احيب بانها معارضة بجهة أخرى وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الأسفل العقرو في الأعلى الغناء والمعروف عرفا كالمشروط شرطاً كما هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبرة وأمهات

(كتاب الوصايا * باب الوصية للأقارب وغيرهم)

اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لان المتوفى على الشيء لا بالعلية يعقبه وجودا
و الوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق
اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انهم يدخلون
لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاء لازم اي ثابت مستقروا لاصح الاول لانهم
لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون
بعد الموت ويدخل فيه اي في هذا الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولاة وهو واضح واولاده
لمواليه وله موال واولاد الموال وموالي موالاة دخل معتقوه وهز ظاهروا اولادهم لان نسبتهم
اليه بالولاء للعتق الذي باشره في ابايهم والفروع اجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم
كما في اصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم الموالي عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم
لان النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز ان يقال ليسوا بنوفلان وانما بنو بنيه وعن ابي يوسف
رحمه الله تعالى انهم يعني موالى الموالاة يدخلون ايضا لما ذكر في الكتاب وهو واضح
وقوله والاعتاق لازم جواب عما قال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى
الاعلى والسفل ووجهه ان المشترك لا يعمل به اذ الم يكن قرينة على احد المعنيين
وهنا قرينة تعين احدهما وهوان ولواء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء
الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا يتحقق المزا حمة بينهما
ولولم يكن له الاموالى الموالاة كان الثلث لهم لان الحقيقة اذ الم تكن ممكنا وجب العمل
بالمجاز صونا للكلام العاقل عن الالغاء ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه
وبالباقي للورثة لتعذر الجمع بين حقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا ان
اسم المولى لا اولاد المولى حقيقة وقوله ولا يدخل فيه اي فيما اوصى لمواليه اعتقهم هكذا وقع
في النسخ ولكن الصواب ان يقال موال اعتقهم ابوة وابنه لان التعليل يطابق ذلك
دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هوان يباشر اعتاق مملوك فيصير به مولى عنه

(كتاب الوصايا * باب الوصية للأقارب وغيرهم)

منه والمجازان يتسبب لذلك باعناق مملوك ثم يعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالى الاب والابن فعل الاعناق ولا تسبيبه فقلنا انهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين اعتقهم موال له حقيقة قوله وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة جواب عمار روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان موالى ابيه تدخل اذ مات ابوه وورث ولاء هم لانهم مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك ان احراز الميراث ما كان لكونه مولى له لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمه كحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق البعض قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب ان يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه ثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى وبين موال اعتقهم ابوه وابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه ايضا وذلك انما يستقيم فيما اذا كان بخلاف معتق المعتق واما معتق البعض عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه ما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين ان النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم باثبات لفظة ابنه وهما بخلاف معتق البعض وجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم ابنه ومعناه ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالى لانه مولا حقيقة بخلاف موالى الابن لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة *

باب الوصية بالسكنى والخدمة والشفرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالايمان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع
واخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وضعا **قوله** ونجوز الرعية
بخدمته عبده وسكنى داره كلامه واضح وبفيده الموافقة بين الوصية والغارية في كون كل منهما
تدليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان الرعية تعتمد التدليك والمنافع
تقبل ذلك للحاجة حال الحيوة فكذلك بعد الممات لان الموت لا يزيلها والارث خلافة فيما
يسلكه المورث وذلك في عين تقيي والمنفعة عرض لا يتيقن واذا اجازت الوصية بمنفعة العبد
اجازت بغلته لانها بدلتها واخذت حكمها واعني وهو الحاجة يشتملها معنى المنفعة والغلة **قوله**
فان خرجت رقبته العبد فيه تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمته عبده لشخص فاما ان قال ابد
او جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبته العبد من الثلث او لم تخرج ولكن اجازت
الورثة التسليم اليه بخدمته وان لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يرماني ان يموت
وان كان الاواني فاما ان صين سنة مثل ان يقول سنة ست وستين وسبعمائة او لم يعين فان
عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضي
بعض من تلك السنة او مات قبل مضيتها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت
الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة
بخدمته الموصى له يوما والورثة يومين حتى يمضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة
وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال او لا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى
الموصى له لخدمته سنة كاملة ثم يرد الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده
سنة فان له ثلث غلته تلك السنة على ما سذكره ان شاء الله تعالى **قوله** فان كان مات الموصى له
عاد الى الورثة اذ مات الموصى له اذ الموصى به الى ورثة الموصى لان الموصى اوجب

(كتاب الوصايا * باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة)

أوجب الحق للموصي له يستوفي المافع على حكم ملكه فلما نقل الحق إلى وارث الموصي له
لاستحقها ابتداء من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يملكه المورث وذلك
في عين تبقئ والمنفعة عرض لا يبقى لكن لا يجوز ان يستحقها كذلك لان ذلك يرضى ولو استحقاق
الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز وأومات الموصي له في حيوة الموصي بطلت الوصية
لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار حاله الوصية في بيان الفرق
بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ولو اوصى
بغلة عبدة او دارة فاستخدم العبد الموصي بغلته الموصي له بنفسه او سكن الدار الموصي بغاتها
بنفسه اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح قوله
وليس للموصي له بالخدمة والسكنى ان يوجر العبد والدار واضح سوى الفاظ ذكرها قوله اعتبارا
بالاعارة فانها تمايلك بغير بدل وقد تقدم في بيان العارية في الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل
المقرر وهو ان الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله الا ان الرجوع للمعتبر لا لغيرة جواب عما يقال
الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ
ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطع الرجوع
بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به وقوله ولان المنفعة دليل آخر قوله وهذا لا يجوز
يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعتراض عليه باجارة الحر
نفسه فانه لا يملك منفعة تبعه لما كان رقبته ولا بعقد المعاوضة يجوز له ان يملكها ببذل واجب
بان كلام المصنف رحمه الله تعالى في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة يجوز الوصية بها ومنفعة
الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله اذا كان يخرج من الثلث احتراز عما اذا
لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى اهله الا باجارة الورثة وقوله واذا كان في غيره اي
في غير مصر الموصي وقوله ولو اوصى بغلة عبدة او بغلة دارة قد علم جوازه فيما تقدم بطريقتين
واعله ذكره تمهيد القول ولولم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة يعني اذا لم تجز الورثة

(كتاب الوصايا * باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

وكان الوصية بثلاثة عبدة سنة وتذكير الضمائر اما بتأويل المال او نظرا الى الخبر وقوله لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلاثة ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينهما وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء جبرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المجازاة الى ان يكون ما يستوفيه خد مئة سنة كاملة كما ذكره وقوله فلما اراد الموصي له قسمة الدار ظاهر الى قوله عطا منه لاحد هما على الاخر ومعنى ذلك انه عطف قوله لاخر برقبته بالواو وعلى قوله اوصى له بخدمته عبدة فيعتبر هذه الحالة يريد حالة العطف بحالة الانفراد اي بحالة انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى فلا يتحقق المشاركة بينهما فيما اوجب لكل واحد منهما وقوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصي له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانيان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصي له بها اذا الوصية اخت الميراث من حيث ان المالك فيها ما ثبت بعد الموت ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لاخر اما ان يكون اذرك احد الخدمة او لا فان كان الثاني فتفتقه على الموصي له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لان بالاتفاق عليه ينمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كال كبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامة بالاتفاق عليه اذا العبد لا يقوي على الخدمة الابنه وان ابى الاتفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى جنابة فالنداء على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجنابة فيجب عليه التطهير وقوله ولها اي لهذه المسئلة نظائر وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله ولا شيء لصاحب الظرف وهي الامرة الخاتم والقوصرة في المظروف يعني الولد والغص والنمر في هذه المسائل كلها اما اذا كان احد الايجابين موصولا بالآخر فالاتفاق واما اذا كان احدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله تعالى خلافا

(كتاب الوصايا * باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة فان الموصول والمفصول
منهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد رحمه الله تعالى والجواب عما استدل به ابو يوسف
رحمه الله تعالى في الكتاب والمبسوط دليل على ان الموعول على قول محمد رحمه الله تعالى
قوله ومن اوصى لاحر بثمره بستانه ثم مات وفيه ثمرة المسائل المتعلقة بالاقتصار على
الموجود من الموصى به والتعدي اليه ما يحدث على وجوه ثلثة في وجه يقع على الموجود
والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد اولم يذكر كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره
او خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على
الموجود دون الحادث ذكر الابد اولم يذكر كالوصية بالصوف على ظهر غنمه والولد في بطن
جاريته واللبن في الضرع لان المعلوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر
الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمره بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة
وقت الموت تناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث الى
ان يموت الموصى له * وجه القياس ان الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل *
وجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا للكلام الموصي عن الالغاء والمصنف
رحمه الله تعالى حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج
وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل
الخدمة وقوله ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى آخر الباب واضح * لله المصنف
رحمه الله تعالى ما اجزل تركيبه واحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج الى تقرير
الا وتركيبه اوفى تأدية له من غيره وقوله وبعد الخلع صورته ان يقول المرأة لزوجه اخلعني
على ما في بطن جاريتي او غنمي صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شيء فلا شيء
له وما حدث بعد ذلك للمرأة لان ما في البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم تغره
حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس بها حمل ترد المهر *

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات اد اصع
يهودي يبعه وانصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا
رحمهم الله تعالى على اختلاف التخرج اما عنده فلان هذا بمنزلة الرق عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى اذا كان مسلما فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه
غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا تصح ولو وصى بذلك اي الوارصين
بان يعمل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى الاستخلاف
والتملك وللذمي ولاية التملك فامكن تصحيحه اي تصحيح ايصاله على اعتبار المعنيين يعني
الاستخلاف والتملك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التملك
واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ماشاءوا **وقوله** وان اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسلمين
يعني قوما غير مجبورين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالوا هي باطلة
لان هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من
تقريرها ولا يبيح حنيفة رحمه الله تعالى ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو اوصوا بالحج لم يعتبر وان كان
عبادة عندنا بخلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية
لانا امرنا ان نتركهم وما يدعون قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى
واما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار
وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة
بل تحرز على معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله ولا نهم بينون دليل آخر
على عدم التحرز لله تعالى وقوله بخلاف الوصية متصل بقوله ان الباء نفسه ليس بسبب
لنزول ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وقوله على مقتضاه كلها

(كتاب الوصايا * باب وصية الذمي)

كلها راجعة الى الرصية بنأويل الايصاء وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظها تناعد عن افادة معناها وهوزوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا لاقت ما هو قربة فيه عملت عملها وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي الى آخره واضح وقوله وهو ما ذكرناه يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة وقوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة ر'كنيسة وقوله والوجه ما بيناه اي من الجانبين وهو ان المعبر عنده اعتقادهم وعندهما انها وصية بمعصية وقوله والجهة مشورة يعني ان كلامه في صرف المال الموصى به الى استضاءة المسجد وغبرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الازام وقوله على الخلاف المعروف في تصرفاته يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان اسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا وقوله وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانهما تبقى على الردة فصارت كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيارات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تفر على اعتقادها واما المرتدة فلا تفر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان وقوله واذا دخل الحربى دارنا بامان فاعصى لمسلم اذ ذمي بما له كله جاز قبل هذا اذ الم تكن الورثة معه اما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا اشار بقوله وليس لورثته حق مرعى لكونهم في دار الحرب وقوله وذلك في حق المستامن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقى على الورثة وهو ان يقال قد قلت ليس لورثته حق مرعى لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستامن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق

الورثة إلى آخره وقوله ولو اعتق عبده عند الموت إلى آخره ظاهر وقوله ولو أوصى لحربي في دار الاسلام دار الاسلام ظرف لأوصى لا لقوله حربي أي لو أوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولأن الذمي إذا أوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا الوصي له أي للمستأمن من مسلم أو ذمي بوصية جاز والله أعلم بالصواب *

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي لما ان كتاب الوصايا يشتمله لكن قدم أحكام الموصى له لكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها امس ومن أوصى إلى رجل أي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي أي بعلمه ورد في غير وجهه أي بغير علم الموصي هكذا ذكر في الذخيرة إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك حاله عند رد الوصي فليس برد لأن الميت مضى لسبيله أي الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز في رد وطول بالفرق بين الموصى له والموصى إليه في أن قبول الأول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم وأجيب بأن نفع الأول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للمرضي وكان في رده بغير علمه اضراره فلا يجوز بخلاف الأول لأن الموصي به يرجع إلى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك ويشير إلى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه أي في غيبته وبغير علمه لأنه لا ضرر هناك لأنه حي قادر على التصرف بنفسه فانه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتمتة

(كتاب الوصايا * باب الوصي وما يملكه)

والنته وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوب بي وفنا وحي فاضيخان
ونقل عن كل واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة
الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله
ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه وعن هذا قال بعض الشارحين رواية عامة الكتب
فيما اذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه وقد اشار اليه المصنف رحمه الله تعالى في كتاب الوكالة
في فصل الشراء بقوله علي ما قيل الا بمحض من الموكل وذلك ايضا قول المشائخ علي
ما يشير اليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغيره واما اذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك
قوله وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان
الموصي ليس له ولاية الالتزام بمقي محبب يعني كمن وكل حال حيوته فانه ما لم يوجد من الوكيل
قبول نصاً او دلالة كان بالخيار فان قيل كان يجب ان لا يكون مخيراً لانه لما بلغه الايصاء
ولم يرد اعتمد عليه الموصي ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع
اجيب بان الموصي مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا
قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الخيار وقوله فلوانه باع شيئاً من تركته بيان ان القبول يجوز
ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت
وقوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما ذكره في كتاب
ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن اعلم من الناس بالوكالة يجوز
تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقاله والاول سواء اي الواحد فبهما يكفي قوله وان لم يقبل
حتى مات الموصي فقال لا قبل يعني ان الوصي اذا سكنت في حياة الموصي ثم بعد مماته
قال لا قبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرج القاضي حين قال لا قبل لان بمجرد قوله لا قبل
لا يبطل الايصاء عندنا خلافاً لفرج لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابتائه للوصي لكن

(كتاب الرصايا * باب الوصية وما

الاول اعلى لكونه غير مجبور بشي والثاني مجبور بالشواب لاعلى من الضرر او
لا مصلحة وقوله الا ان القاضي اذا اخرج استثناء من قوله فلذلك بان القاضي اذا اخرج عنها
حين قال لا قبل لا يصح قبله بعد ذلك واختلف المشايخ رتبة ذهب الامام شمس الاثني
الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه لان الوصاية لو صحت بقوله كان
السرخسي رح وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال لان الوصاية لو صحت بقوله كان
للقاضي ان يخرج ويصح الاخراج فهم ينالون واليه ذهب الاثني المحلواني رحمه الله تعالى
والباقي واضح قوله ومن اوصى الى عبد او كان اوصى الى عبد او كان فرزمي او مسيما من
او حربي او فاسق اخرجهم الثاني من وصية ونصب غيرهم وهذا التظلم ولو لفظ القدوري
يشير الى صحة اليه لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد رح في الصور الثلث الوصية
باطلة اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في انه باطل اصلا او معناه سبطل قال الفقيه ابو الليث رح
واليد ذهب التدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا رحمهم الله تعالى ان معناه
سبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عجزا عن استيعاب
حقوق الميراث مظنوننا لكون منفعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجارة
كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا بانها سبطل باخراجه
القاضي عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرج القاضي
جاز ثبت ان الالباء صحيح لكنه لا يتولى في البياعات الفاسدة فجاء القاضي ان يخرج
من الوصية وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الاثني السرخسي رحمه الله تعالى
وذلك لان الوصاية ولاية متعدي وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية
على غيره فتقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجارة وقوله واستبداده الى ما بعد لانها
بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته
على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آتفا وقوله وهذا يصلي

(كتاب الوصايا * باب الوصي وما يملكه)

بصلح عذرائي اخراجه وتبدله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بعده
 بالتمسك والصيانة وبالحبابة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله ومن اوصى
 الى عبد نفسه واضح وقوله وفي اعتبار هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة
 الصغار تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا انقض الموضوع لان الوصي انما يملك
 الولاية من الموصي وولايته لا يتجزى ان لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلورثت التجزي
 في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجزئ كان عاذا على موضوعه
 بالتمسك وقوله انه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احتراز عن الايلاء
 الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله ليس لهم ولاية المنع فلا صفاة قيل
 عليه ان لم يكن لهم ذلك لماضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمناذاة واجب بان اذا
 ثبت الايلاء لم يبق للمقاضي ولاية البيع وقوله بكونه ناظر لهم لان العاقل لا يختار المرفوق
 دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وامانته وشغفته على من خلفهم وصار كالمكاتب
 فان الايلاء اليه جائز فكذلك ههنا وقوله والوصاية قد تجزى جواب عن قولهما وفي اعتبار
 هذه تجزيتها وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه اذا
 اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الآخر في الدين ان كل واحد منهما يكون
 وصيا فيما اوصى اليه خاصة او يقول بصار اليه اي التجزي كما لا يؤدي الى ابطال
 اصل هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي الى تغيير صفته وهو
 جعله متجزيا بعدما لم يكن قلنا تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية **قوله** ومن
 يعجز عن القيام بالوصية معنى قوله بالوصية الوصاية اعلم ان الاوصياء ثلثة * عدل كاف وعدل غير
 كاف وفاسق وزاد المصنف رح العاجزا صلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو
 عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم
 صيانة الوصي وبعض كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا

(كتاب الوصايا * باب الوصي وما يملكه)

لم يظهر ذلك عنده لكن شكاً إليه الوصي ذلك أي عدم الاستبداد لعجز ولا يجيبه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه أصلاً استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين أي الوصي والموصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في جوائج الموصي والعجز المزعول بقضاء حقوق نفسه وإذا كان عدلاً كافياً فليس للقاضي أن يتعرض له بالأخراج وإن شكاه الورثة أو بعضهم إليه إلا إذا ظهر منه خيانة فإنه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله ومن أوصى إلى اثنين إلى آخره وروي عن أبي القاسم الصنار رحمه الله تعالى أنه قال هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً بعقد واحد فاما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه يتقرر كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى هذا أصح وبه تأخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وحكي عن أبي بكر الأسكاف رحمه الله تعالى أنه قال الخلاف فيهما جميعاً سواء أوصى إليهما جميعاً أو متفرقاً وجعل في المبسوط هذا أصح لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معاً فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وإنما قال الأئمة في أشياء معدودة ولم يذكروا كميتها لاختلاف أقوال العلماء فيها وذكر في الأسرار سنة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الأموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع إليه التساؤل ورده الغصب والرد بعه والخصومة وذكر في الجامع الصغير لفاضل خان ثمانية وهي السنة المذكورة في الأسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه أيضاً جمع الأموال الضائعة فقليل يحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الأموال الضائعة فيعدان واحداً الثلاث يزيد على ما نص عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى أكثر من ذلك وقوله سبيلها الرولية يعني أنها لا تثبت لمن لا يثبت له الرولية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله لأنها ليست من باب الرولية أي الرولية المستفادة من الموصي تحتها من غير من أوصى إليه وذكر رواية الجامع الصغير

(كتاب الوصايا * باب الوصي وما يملكه)

الصغير لبيان ان اقتضاء الدين اي قبضه ليس كقضاءه بل هو على الاختلاف **قوله** ولو وصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام منع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله فان مات احد هما متصل باول الكلام وقوله ولو ان الميت منهما وصى الى الحي ظاهر وقوله والى الجدي النفس يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجدي فكذا الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله وعند الموت كان له ولاية اي عند موت الوصي كانت للوصي ولاية في التركتين اي في تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤل اليه وتركة موصيه اما في تركته فباستقراره ملكه واما في تركة موصيه فباستقرار الوصاية اليه فينزل الثاني منزله فيهما وقوله فلا يرصى بتوكيل غيره اي لا يرصى الموكل بان يوكل وكيله غيره او يوصي الى غيره **قوله** ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة رجل او وصى الى رجل او وصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار او كبار غيب فقام الوصي الموصى له نائبا عن الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا اكبارا حتى لو هلك حصّة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء * واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقام الوصي مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث للموصي له لم ينفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غائبا في المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصي ما افرزة كان له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم * والفرق بين المنقول والعقار ان الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع * ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب او حاصله ان الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت

(كتاب الوصايا * باب الوصي وما يملكه)

فيجوز ان يكون الوصي خصما عنهم وقائما متاهما واما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلا يكون بينه وبين الرصي ماسبة حتى يكون حصا عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه وقوله حتى يرد بالعيب اي فيما اشتراه المورث ويرد عليه اي فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استردعا المورث ثم استخفت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة من بائعه حتى يكون غروره كغروره وقوله غير ان الرصي لا يضمن جراب سزال تقريره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ورجع الجواب ما قال لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى آخره وفيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افترزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصرر في ذلك اما لو سلم اليهم فان كان باقيا كان للوصي له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وان كان هالكا فالوصي له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالتبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية وقوله فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه وتكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه قوله وان كان اوصى الميت بحجة رجل مات وترك اربعة آلاف درهم واوصى ان يسحب عنه وكان مقدار السحب الف درهم فاخذ الوصي الثاود فعبا الى الذي يسحب عنه فسرفت في الطريق قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى يوخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرفت ثانيا يوخذ ثلث ما بقي مرة اخرى وهكذا قال ابو يوسف رحمه الله تعالى يوخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثاية وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرفت ثانيا لا يوخذ مرة اخرى وقال محمد رح اذا سرفت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يوخذ منه مرة اخرى ووجه ذلك

(كتاب الوصايا * باب الوصي وما يملكه)

ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم واضح على ما ذكره
في الكتاب وذكر الامام المحمدي رحمه الله تعالى ان هذا الجواب فيما اذا كانت
التركة ما يكال او يوزن لان القسمة فيه تميز لا مبادلة حتى ينفرد احد الشريكين من غير
قضاء ولا رضاء ويجوز لا حد هما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن وما فيها
لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا
قسمته * قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك فانها ما يوزن وقوله واذا باع
الوصي عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى اوصيه عبده
المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان الغريم العبد هناك
حقا في استسعاء العبد واستسعاء العبد بعد البيع لا يبقى فكان في البيع باطل حق
الغرماء فلا ينفذ بغيرا جازتهم واما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد انما حقه
في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل محققا له لان حقه
في الدراهم او الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله ولو تولى حيا بنفسه يجوز
بيعه بغير محضر من الغرماء يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى بان يباع عبده
ويتصدق بثمنه على المساكين ظاهر وقوله لانه ضمن بقبضه اي لا يعمل آخره يكون
للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصي ولا للورثة وقوله
لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية
والوصية تنفذ من الثلث وقوله انه يرجع عليه بحكم الغرور اي بحكم ان المبتغى غرة بقوله
هذا ملكي فانه لما امره ببيعه والنصدق بثمنه كان فائلا هذا العبد ملكي فكان الوصي
مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على المبتغى والدين يقضى من جميع التركة
وقوله وقد مر في كتاب القضاء يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا
باع القاضي او امينه عبدا للغرماء الى آخره وقوله فان كان التركة قد هلك

(كتاب الوصايا * باب الوصي وما يملكه)

اولم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ ابي لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصاركما اذا كان على الميت دين آخر وذكرك في الذخيرة محالا الى المنتقي ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقر تبع له وقوله فان قسم الوصي الميراث الى آخره ظاهر وكذا قوله وان احتال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاء وذكرك في الذخيرة ان فيه اختلاف المشائخ رحمهم الله تعالى ومن لا يجوز يحتاج الى الفرق بينها وبين مال وبيع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جائز على ما يجبي والفوق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذ لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبراس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالها بالمسلم فيه وبراس المال وهو لا يصح واذ لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابن يوسف فخرج فيجب ان يكون هذا ايضا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئا لنفسه او باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز او لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في احدي الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع ما يسهل ويبي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشترى ما يسهل ويبي خمسة عشر فصادوا وعند محمد رحمه الله تعالى وعلى اظهر الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز على كل حال وقوله والصبي الماذون والعبد الماذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا

الابالتي هي احسن قوله واذا كتب كتاب الشراء على وصي هذا تعليم لكتاب الحثيق والشهود
لنفي نية شهادة الزور وهو واضح وقوله ما يينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط قوله وبيع
الوصي على الكبير العائب قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا اصغارا جاز للوصي ان يبيع
من تركته اميت العروض والاضباع والعقار على جواب السلف كما ذكرنا من قبل سواء
كانوا حاضرين او غيبا * وقال المتأخرون اما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان على اميت
دين لا وفاء له الامن ثمن العقار ويكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في
شراؤه بضعة القيمة * وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حاضرا ليس للوصي التصرف في التركة اصلا
لكن يتناصي ديون اميت ويتبعض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على اميت ديون
او اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم ينفذ الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها
ان كان الدين محيطا بمقدار الدين ان لم يحطوله بيع ما زاد على الدين ايضا عند ابوخنيفة رح
خلا فالحما رحمة الله تعالى وينفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز
بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله لان الاب يبيع ما سواه
دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين فان كان
وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان ما سوا بالبيع
من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه
من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابوخنيفة رح خلا فالحما رحمة الله تعالى
في منع بيع الزيادة ان جواز الحاجة ولا حاجة الى بيع الزيادة فلا يجوز * واستحسن
ابوخنيفة رحمه الله تعالى فقال الولاية هنا بسبب الوصاية وهي لا تجزى فمضى ثبت له
الولاية في بيع البعض ثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرار العيب الباقي فكان في بيع
الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير الا يرى انه يملك الجفط
وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة

(كتاب الوصايا * باب الوصي وما يملكه)

بأرباب عبارة الكتاب وإذا كانوا أصغارا بمشهوره فما حكمها إذا كانوا أصغارا وكبارا قلت حكمها
أن الكبار أن كانوا أصغارا وخلت التركة عن دين ووصية فالوصي يبيع المنقول بالاجماع ويبيع حصة
الصغار من العقار وما يبيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مروا أن اشتغلت بدين مستغرق
بيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة
الخلاف وأن كانوا حاضرا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار
بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وأن كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير
مستغرق بقدر الدين والزيادة على الخلاف وقوله ولا يتجرى في المال ظاهر وقوله وهذا الجواب
في تركة هؤلاء يعني الأخ والام والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء فيما ترك الأب
ليس كوصي الأب في الكبير الغائب فإن وصي الام لا يملك على الصغير يبيع ما ورثه
الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لأنه قائم مقام الام والام حال حياتها
لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك
وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فلو صيها فيه يبيع المنقول دون العقار لأن له ولاية
الحفظ ويبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية أما إذا كان
فإن كان مستغرقا فله بيع الكل ويدخل بيع العقار تحت ولايته لأن بيع العقار طريق قضاء الدين
وقضاء الدين دخل تحت ولايته وإن لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وما يبيع الزيادة
على قدر الدين فعلى الاختلاف المار * وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الأخ والعم
لأنه كما لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه وقوله والوصي أحق
بمال الصغير من الجدا إلى آخره ظاهر وقوله لما يناه إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء ينقل
ولاية الأب إليه إلى آخره * فصل

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخذ ذكرها لعدم عراقتها فيها قوله وان اشهد الوصيان ظاهر وقوله وجه الاستحسان الى آخره اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت فيها الشبهة واجيب بان القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصى اليهما لما شهد بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية يثبت بنصب القاضي وقوله وكذلك الابان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة وقوله وكذلك الوشهد اعني الوصيين الى آخره واضح وقوله وان اشهد رجلان لرجلين جنس هذه المسائل اربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا على حوازه وهو ان يشهد الرجلان لرجلين بوجبة جارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخره وان يشهد الرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او بثلث المال * ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع فيه الاختلاف بناء على ذلك ايضا فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه محمد رحمه الله تعالى ولم يضطرب ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شئ فلا شركة ولهذا التبرع اجنبي بقضاء دين احد هما ليس للاخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا الاستوفى

(كتاب الخنثى * فصل في احكامه)

احد هما حقه من التركة شاركة الآخر فيه فكانت الشهادة مشبهة حق الشركة فتحتقت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة والله تعالى اعلم *

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود * ذكر في المغرب ان تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث ونخت في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لنوعه من شيء آخر باعتبار نوعه مغايرة بينهما وما بينهما لا بتقديم شيء فمأوجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التنصيل لا في الاجمال **قوله** واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر ان الواو الواضع في اول الكلام للاستيناف فكلامه ظاهر وقوله وهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح ووجه الدلالة ان الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الالتين عند الاتصال من الام ليست الا خروج البول منهما وما سري ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للآلة كونها مبالا فاذا زال من احدهما عرف ان الآلة التي هي للفصل في حقه هذا والاخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر * وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شيء او تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا يدفع ما يقال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا اريد به الغالب *

فصل في احكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في

(كتاب الخشْي * فصل في احكامه)

في الخشْي المشكل ولم يقل المشكلة لانه لم يعلم تذكرة وتانيته والاصل هو الذكر لان حواء خلقت من ضلع آدم عليه الصلوة والسلام اعتبره فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل قيل وانما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط هو الاداء معلوم والمفسد هو محاذاة الرجل المرأة في صلوة مشتركة موهوم فلتوهم احب له ان يعيد الصلوة فان قيل الخشْي ان كان مراهما فلا اعادة عليه وان افسدها وان كان بالغافلا اعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فيجب احتياطا فما وجه قوله احب الي ان يعيد اجيب بان مراده اذا كان مراهما فلا اعادة مستحبة تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغافلا اعادة واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادة من يمينه ويساره وخلقه بحذائه اذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المرأة الرجل في حق موهوم وقوله واحب الي ان يصلي بقناع يعني اذا كان مراهما فما اذا بلغ بالسن فذاك واجب وقوله وهو عاى الاستحباب يعني اذا كان غير بالغ واما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء فلا اعادة واجبة وقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة قيل فيه نظرا لانه وان كان صحيحا في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من سيدتها بل لها ان تنظر من مولاتها الى ما لها ان تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو اخف منه الى خلاف الجنس فليس للملك تأثير في اباحة نظر المملوك الى سيدتها فان قيل لو زوجه الولي امرأة بمهر يسير اغنته عن شراء التجارية بشمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير اجيب بان محمد ارحمه الله تعالى لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين امره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخشْي ان كان امرأة

(كتاب الخنثى * فصل في احكامه)

في هذا نظر الجنس الى الجنس والنيكاح لغو وان كان ذكررافه ونظر المنكوحة الى زوجها
وقوله وبكره له في حيوته لبس الحرير قبل لافائدة في قوله في حيوته فانه ليس بعد الموت
وانما هو لباس كان معناه مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر
في التراكيب يكون قيد الاخراج يجوز ان يكون بعضها بياناً للواقع * وانما ذكره ذلك لان
لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط والاجتناب
عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكرة اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام
وقوله وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء يعني اذا كان مراهاقا والمراد بالانكشاف
هو ان يكون في ازار واحد لا بداء العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا * وهذه المسئلة
تدل على ان نظرا المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات مصارمه لا كنظر الرجل الى
الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجازته التنكشف للنساء في ازار واحد وقوله
وان يخلو به اي بكره ان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة لقوله عليه الصلوة والسلام
الا لا يخلون رجل بامرأة لبس منها بسبيل فان ثالثهما شيطان وامره في ذلك محتمل
نظرا الى جاليه وقوله لا علم لي في لباسه يعني لاشتباه حاله وعدم المراجع وقول محمد
رحمه الله تعالى في ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الخنث لا يشك بالشك وقوله
وان قال القولين يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس بمهممل
يعني انه في الواقع ليس بخال عن احد الاحمالين وقوله لانه دعوى يخالف قضية الدليل
لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله ينبغي
ان يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتيقن به وقوله لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء اي غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان
النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف
فلاجل الضرورة ابيح نظر الجنس الى الجنس عند الغسل والمراهاق كالبالغ في وجوب

(كتاب الخشْي * فصل في احكامه)

رجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله لعدم من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فيدمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال او عكسه فانه يدمم بالصعيد مع الخرقه ان يميم الاجنبي وبغيرها ان كان ذارحم محرم من الميت * وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه من ذراعيه لجواز ان يكون امرأة ولا تشتري جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحيوة وله اهلية الملك فيها وقوله وضع الرجل مما يلي الامام والخشْي خلفه يعني اعتبار احوال الحيوة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فذلك في حال الممات * والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام ليكني منكم اولوا الاحلام والنهي ولودفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخشْي خلف الرجل يعني يتقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهنها اشرف فالرجل بالتقرب اليه اولى وقد جاء في الحديث انه عليه الصلوة والسلام امر بتقديم اكثرهم اخذ القرآن الى جانب القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد لبصير ذاك في حكم قبرين وقوله وان جعل على السرير نعش المرأة النعش شبه المحفة مشبك مطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلوة وقوله وان كان ذكر فقد زادوا على الثلثة ولا باس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحيوة فالزيادة على الثلثة في الكفن للرحل غير ضارة كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال حيوته ازيد على الثلثة واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلثة ترك السنة والسنة في كفنها خمسة اثواب قوله ولومات ابوه وخلف ابنا اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري ذكر قول محمد رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله وكذلك اثبت المصنف رح في الكتاب وكذا ذكره الشيخ ابونصر البغدادى وفي عامة الكتب ذكر قول محمد رح مع ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولكن ابو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد رحمه الله فبسر

(كتاب الخشني * فصل في احكامه)

على وجه ولم يأخذه وابو يوسف رحمه الله تعالى فسر على وجه فاخذ به وهوان نجعل المسئلة
على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفسير محمد رحمه الله تعالى بان نجعل
على اثني عشر واخذه وكان قول ابي يوسف رح اولا كقول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله تعالى فيقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات ابو الخشني وترك ابنا فمال بينهما
انلانا عند ابي حنيفة رح للابن سهمان وللخشني سهم وهوان في الميراث الا ان يتبين
غير ذلك اي غير كونه اثني بظهور احدي علامات الذكور بلا تعارض فحينئذ يصير ذكرا
وقالا للخشني نصف ميراث ذكر ونصف ميراث اثني وهو قول الشعبي وابن ابي ليلى
والثوري وهو مذهب ابن عباس رضي الله تعالى عنهم واختلف في قياس قول الشعبي
قال محمد رحمه الله تعالى المال بينهما على اثني عشر سيما للابن سبعة وللخشني خمسة
وقال ابو يوسف رح المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخشني ثلثة لان الابن يستحق
كل الميراث عند الانفراد والخشني يستحق ثلثة الارباع لان الخشني في حال ابن وفي حال
بنت وللبنات في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلثة ارباع نصيب
الابن فيضرب بخارج اربع ويؤثر بقدر سهم وثلثة ارباع سهم يحصل سبعة للخشني ثلثة
والابن اربعة ولمحمد رحمه الله تعالى ان الخشني لو كان ذكرا كان المال بينهما اثنين وان كان
اثني كان انلانا واحتجنا اثني حساب له نصف وثلث صحيح وان قل ذلك منه فني حال
المال بينهما نصفان لكل واحد ثلثة اسهم وفي ذلك انلانا سهمان للخشني واربعه للابن فسيهان
للخشني ثمانية اثنين والسهم اربعة وقع فيه اشك فينصف فيكون له سيهان ونصف سهم
وترم الكسر تصني فيصنف بزوايا الكسر فصار الحساب من اثني عشر خشني خمسة
وندين سبعة وفي ما سخر قول محمد رح اشارة الى ان المصنف رح اختاره وذلك لان الكل
متفقون على تقيل تصيبه وما ذهب اليه محمد رحمه الله تعالى اقل مما ذهب اليه ابو يوسف رح
بسيهم من اربعة وساهلين سيها وخربق معرفته ان يضرب السبعة في اثني عشر حيث

(كتاب الخنثى * فصل في احكامه)

حيث لا موافقة بينهما ويبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظميران التفاوت بسهم من اربعة وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين ولا يبي حنيقة رح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به فاجبنا كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك الي ان يقوم الدليل على الزائد فان من قال لعلان على دراهم يحكم بالثلثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الاقل متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة يقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا تمنع الوجوب لاننا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه وقوله الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما يجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا ان يصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهي ان يكون الورثة زوجا وام واختا لاب وام هي خنثى فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعمل الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان للباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو الاقل فقد رناه ذكرا * واذا ترك امرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى للمرأة الربع وينى الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى انثى ترث النصف وتكون المسئلة من اثني عشر وتعمل الى ثلثة عشر ولها ستة من ثلثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثني عشر هو اقل فقد رناه ذكرا * ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب

(كتاب الخنثى * مسائل شتى)

وام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللأخت لاب وام النصف ولا شيء للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله اقل النصيبين بأسوء الحالين وهذا مذهب عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره في المال كيف تكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف رح في الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك في اول البحث بقوله وهو انثى عندة في الميراث الى ان يتبين غير ذلك يشير الى ان الثلثين في تلك المسئلة يدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك اكثرهم لان سبب استحقاق الابن بجميع المال معلوم وهي البتوة وانما ينقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى انثى ما زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له * وهل يوخذ منه الكفيل قال بعض مشائخنا رحمهم الله تعالى وهو على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيل في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يحنط في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحنط في اخذ الكفيل ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابي حنيفة رحمه الله تعالى هناك للمجهول وههنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم بصون به القاضي قضاء وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فبأخذ من الابن كفيل لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه وان تبين انه انثى فالمقبوض ثالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود *

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل منشورة او مسائل متفرقة من داب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار يشير الى ان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين * احدهما ما يكون

(كتاب الخشني * مسائل شتى)

ما يكون ذلك منه دلالة الا نكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة
الاتقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله ولا يجوز ذلك في الذي
يعتقل لسانه على بناء المنعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر
عليه وقوله حتى لو امتد اراد به سنة كذا ذكره التمرقاشي وروي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى
انه قال ان دامت العتلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز
عن النطق بمعنى لا يرجي زواله فكان كالآخرس قالوا عليه التوى وقوله وفي الابدانة عرفناه
بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقات ندف ما به رجل وسمى
فنتله فقال عليه الصلوة والسلام ان لها اوابدا كا وابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك
فافعلوا بها كما فعلتم بها ثم كلوه وقوله لا يحدى الاخرس اذا ذف بالاشارة والكناية ولا يحدله
اي اذا كان مقدوما وقوله وهو في حق الاخرس اي العجز في حق الاخرس اظهر منه في حق
الغائب لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خبره
فلما قبل الكتاب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل في حق الاخرس
مع الياس عن زوال الخبرس اولى وقوله ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين احتراز
عن غير المستبين وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم اي معلنون اي مصدر بالعنوان
وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان وما ذكرناه جار على الاقسام الثلاثة والحكم في كل منها
ما ذكره **قوله** فيستوى اي يطلب منه النية فيه وقوله لانه بمنزلة صريح الكناية اي الكناية
القولية كقوله انت بائن وامثاله وقوله لا يختص بلفظة دون لفظة فانه كما ثبت بالعربي ثبت
بغيره وقد ثبت بغير اللفظ اي بفعل بدل عن القول كالتعاطي وقوله ويحتمل ان يكون
الجواب هناك لك اي لا يكون حجة فتكون فيهما اي في الاخرس والغائب الغير الاخرس
روايتان قوله لانه اي الاشارة على تأويل المذكور قوله لانه اي محمدا راجع جمع هناك
بينهما بقوله يكتب كتابا او يومي ايماء قوله وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان

(كتاب الخشني * مسائل شتى)

فضل البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الإشارة
فان فيها نوع ابهام في الإشارة زيادة اثرام توجد في الكتابة لانه اي الإشارة اقرب الى النطق
من آثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم
الحاصل بالإشارة فحاصل بها هو متصل بالمتكلم وهو إشارة بيده او برأسه والمتصل بالمتكلم
اقرب اليه من المتصل عنه فكان أولى بالاعتبار **قوله** وكذا الذي صمت يوما ويومين
عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقتراره بان اومى برأسه اي
نعم او كتب **قوله** واذا كانت الغنم مذبوحة الى آخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين
الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والاخر طاهر ولا تميز بينهما وليس معه
غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يتع تحريه انه طاهر فقد جوز التحري هناك فيما
اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكينة والميتة لم يجوز واجيب بان وجه الفرق
هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها
ثم لا بعيد صلوته لانه مضطر الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم * وبؤيده ان الرجل
اذا لم يكن معه الا ثوب نجس يقيم فان كان نجسا وربعة طاهر يصلي فيه ولا يصلي عريانا
بالاجماع فلما جازت صلوته فيه وهو نجس فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب

قد طبع بفضل من ليس له بداية ولا نهاية * المجلد الرابع من كتاب العناية * للعلامة الشيخ
 قدوة المادقين * عمدة المحققين * الشيخ اكمل الملة والدين * محمد بن محمود بن احمد
 الحنفي المتوفى سنة سبعماية وستة وثمانين * من الشجرة النبوية * على صاحبها الصلوة
 والتحية * عامله الله بالرضوان * واسكنه اعلى الجنان * نهار سابعة عشر من شهر ردى القعدة
 سنة الف ومائتين وستة واربعين * من هجرة سيد الانبياء والمرسلين * عليه افضل الصلوات *
 واكمل التحيات * بتصحيح صفوة العلماء الراشحين * ونخبة الفضلاء الكاملين * الحافظ الحاج
 العلامة الامعى التحرير * الجهد الشهم الفهامة مولانا احمد كبير * والعالم اللوذعي
 الصفي * المولوي فتح علي * والفاضل اليلدعى الفقيه * المولوي محمد وجيه * والكامل
 الاديب الفطين * المولوي محمد بشير الدين * والفاضل الذي في مضمار المبراة سبى *
 المولوي نور الحق * وذي المقام الفخيم * المولوي محمد كلیم * جعل الله سعهم مشكورا *
 وعملهم مبرورا * باهتمام عين الانسان وانسان الهمين * المنشي بابورام دهن سين *
 في دار الامارة كلكتة المحمية * حماة رب البرية *

غلطنامهٔ عنایہ جلد رابع



صفحہ سطر غلط	صحیح	صفحہ سطر غلط	صحیح
۸ ۲ الموزن	الموزون	۴۰ ۲۰ فان فان	فان صحیح
۱۰ ۵ تغائر	تغایر	۴۲ ۱۶ التفسیر	التفسیر
۱۲ ۱۴ لایصح	لا یصح	۵۱ ۷ بمنزلة	بمنزلة
۱۳ ۲۲ لاملک	لا یملک	۵۱ ۲۰ الغاصب	الغاصب
۱۸ ۳ من ان غیر	من غیر ان	۵۷ ۱۱ تحت	تحت
۱۹ ۱ ضرر	تضرر	۵۸ ۱۷ ببيع	کبيع
۲۲ ۲۰ تحمل	یحمل	۶۴ ۱۸ الضررة	الضرورة
۲۴ ۲۰ یشتزم	یشترط	۶۶ ۶ الحج	الحج
۲۵ ۱۸ البیغ	البيع	۶۶ ۱۲ مستغنین	مستغنین
۲۸ ۱۵ الحیف	الخلف	۷۵ ۷ الشبهة	الشبهة
۲۹ ۴ علیها	لها	۸۷ ۱۷ الركوب	الركوب
۲۹ ۲۰ الشیوع	الشیوع	۹۲ ۲۰ فی احد	وفی احد
۳۲ ۸ کالاح	کالاخ	۹۴ ۱۲ العذر	العذر
۳۴ ۱۳ ریادة	زیادة	۹۶ ۳ تخصیص	تخصیص

صحيح	سطر	غلط
القضاء	٢١	٢٥٢
النصر	٩	٢٤٠
ما زاد	١٣	٢٤٢
يصالح	١٦	٢٤٤
الثاني	٨	٢٤٥
اثبت	١٧	٢٤٦
الذي	٢٠	٢٤٧
ورود	٣	٢٤٩
المتقرر	١٢	٢٧٢
المذكور	٢٠	٢٧٤
ان كان	١٩	٢٨٢
الظاهر	٢	٢٨٤
ثم	٤	٢٩١
اختلفوا	١١	٢٩٢
اتخذ	٨	٢٩٣
التعديل	٢١	٢٩٥
راجع	٧	٣٠٢
رجحان	٩	٣٠٢
كان	١٣	٣٠٣
المزاولة	٢٠	٣٠٤
فيهما	١١	٣٠٥
تقرانا	١٢	٣٠٧
وهما ليسا	٤	٣١٤

صحيح	سطر	غلط
تحصل	٤	١٠٦
بالتعيين	١٨	١٠٥
لم يجر	١٥	١١٥
البدل	١٥	١١٩
ان	٢١	١٢٥
النص	٧	١٣٤
تعجيزه	٩	١٣٤
الى	٧	١٣٤
استحسننا	٧	١٤٢
ترتب	١١	١٤٣
العقاة	٣	١٤٧
فيه	٢٠	١٥٠
ليحدث	١٧	١٥٧
مطمن	١٩	١٥٧
فعل	١٩	١٨٨
المصنف	١٤	٢٠١
البراء	١٢	٢١٢
اذا ابعد	٢١	٢١٣
النصيغ	١٥	٢٤٦
ينظر	٤	٢٢٧
مبايعتها	٨	٢٣٨
يتنبه	١٩	٢٤٩
الشقة	٨	٢٥٢

صفحة	سطر	غلط	صحيح
٣١٤	١٧	كثرة	كثرة
٣١٤	١٩	المسافات	المسافات
٣٢٢	١١	التكبر	التكبير
٣٢٢	١٣	عنى	على
٣٢٢	٢١	الممبوط	المبسوط
٣٢٤	١٣	حكم	حكم
٣٢٥	١٧	ليكن	لئن
٣٢٥	١٨	يحقق	تحقق
٣٢٧	٤	الضدج	الضحج
٣٢٩	١٩	آفة	آفة
٣٣٧	٢٠	اى	اى
٣٣٩	١٥	واستدل	استدل
٣٤٣	٢٠	متعمدا	معتمدا
٣٤٤	١٣	حانئها	جانبها
٣٥٠	٢	تم	ثم
٣٥١	٢	قيل	قبل
٣٥٤	٤	لراية	الرأية
٣٧٢	٣	حمكا	حكما
٣٧٥	٥	تسعة	تسعة
٣٧٤	١٣	خسة	خمسمة
٣٨١	١	لم يتمكن	لم يتمكن
٣٨٢	١٥	التسميته	التسمية
٣٩١	٣	سج	شايخ
٣٩١	١٨	لم يجدوا	لم يجدوا
٣٩٢	٤	يتقضى	يتقضى
٣٩٢	١٨	يكتفى	يكتفى
٣٩٤	٢٠	لائار	لائار
٤٠٢	١٢	الاتفاق	الاتفاق
٤٠٤	١٤	حلقة	خلفة
٤٠٤	٢٠	يدخل	يدخل
٤٠٧	١٨	تمند	ثمنه
٤١٣	١٣	لجودة	الجودة
٤١٤	١٠	لحرىا	فحرىا
٤٢١	٢٠	فيسند	فيسند
٤٣٩	٢١	ممنوعة	ممنوعة
٤٣٩	٢١	امما	مما
٤٤٣	١٢	تخصيص	تخصيص
٤٤٤	١٨	يجز	تجز
٤٤٨	٢١	كل	لكل
٤٥٠	١٠	اطل	ابطل
٤٥٥	٨	لحقيفا	تحقيقا
٤٥٧	١٩	بالبطء	بالبطوء
٤٥٨	٢٠	مجانسا	مجانسا
٤٥٩	٢١	عشرة	وعشرة
٤٦٠	٢٠	التنل	القتل
٤٦٢	٢١	المال	المال

صفحة سطر غلط	صفحہ سطر غلط	صحیح	صحیح
الحرى	١٤ ٥٢١٤	يجمل	١٢ ٤٩٨
قيل	٢ ٥٣٨	شهادتهم	٢٠ ٤٩٨
اما اذا	٢١ ٥٤١	نوقض	١٣ ٤٧٠
تجب	٩ ٥٤٣	بينهم	١ ٤٧٢
يشير	١٤ ٥٤٣	الابل	٤ ٤٧٧
اولياء	١٨ ٥٥٤	اعاد	٢٠ ٤٧٧
تحول	١٥ ٥٥٩	فروع	١٥ ٤٧٨
تخرج	٢ ٥٥٧	يقرو	٣ ٤٧٩
فلاما	٤ ٥٦٦	الحقيقة	١٢ ٤٨٣
ومعرفة	٨ ٥٦٧	ابى	١٨ ٤٨٥
تحققه	١ ٥٦٨	به	٣ ٤٨٦
يتكاضان	١٨ ٥٨١٤	بينه وبين	٥ ٤٨٦
اذا	٧ ٥٨٥	الفاسدة	٢٠ ٤٨٨
تحت	١٩ ٥٩٧	له ان	١٢ ٤٩٦
بقوله	٥ ٦٠٦	الفقه	١٤ ٤٩٧
اذا	٢٠ ٦٠٧	تحت	٢ ٥٠٦
للموصى له	١٢ ٦١٠	السير	٣ ٥٠٦
كبارا	١ ٦١٤	الحمار	١٩ ٥٠٩
ليس ليس	٢ ٦١٨	النقصان	١٩ ٥٠٩
رجاء	١٢ ٦٢٣	وروي	٢٠ ٥١٢
		وتلك	١٥ ٥٢٠



عنايه

INAYAH,

COMMENTARY ON THE HIDAYAH:

A work on Mohammudan Law.

COMPILED BY

MOHAMMUD AKMULOODDEEN, IBN MUHMOOD, IBN AHMUDONIL HUNUFEE

EDITED BY

MOONSHEE RAMDHUN SEN;

WITH THE AID OF MOULVEE RAFIZ AHMED KUBEER, MOULVEE PITCH ULLE, MOULVEE MOHAMMUD
VUJEER, MOULVEE MOHAMMUD BUSHEEROODDEEN, MOULVEE MOHAMMUD KELEEM,
AND MOULVEE MOHAMMUD NOORUL HUQ.

VOL. II

Calcutta:

PRINTED AT THE EDUCATION PRESS,
UNDER THE AUTHORITY OF THE COMMITTEE OF PUBLIC INSTRUCTION.

1831.

ঐরাধাকান্তদেবকৃত বাঙ্গলা শিক্ষাগৃহ ..	১
কৃষ্ণ সাহেবকৃত বঙ্গভাষার ব্যাকরণ ..	১৮
ঐরামচন্দ্র শর্ম্মার বঙ্গভাষাভিধান ..	১
হার্ল সাহেবের গণিতাক্ষ ..	৮
মৈ সাহেবের অক্ষপুস্তক ..	১৮
ঐরামপুরে মুদ্রিত জ্যোতিষ এবৎ
গোলাধ্যায় ..	১৮
পায়র্স সাহেবকৃত ভূগোলবৃত্তান্ত ..	১৮
পায়র্স সাহেবকৃত ভূগোল এবৎ জ্যোতিষ ..	১১০
পায়র্স সাহেবকৃত পাঠশালার দ্বারার বিবরণ ..	১৮
জ্যোতিষবিদ্যায়ক ..	১৮
শিখ সাহেবের জমিদারী ৩ ভাগ ..	১৮০
ইএট সাহেবকৃত পদার্থবিদ্যাসার ..	৮০
নৌতিকথা দ্বিতীয় ভাগ ..	৮
নৌতিকথা তৃতীয় ভাগ ..	১০
মনোরঞ্জনতিহাস ..	৮
কুওয়ার্ড সাহেবকৃত উপদেশকথা ..	১১০
দিগ্গর্শন ..	৩
ইংলণ্ডের ইতিহাস ..	৪৮০
লানস সাহেবকৃত পঞ্চাবলী ..	১১০
চিত্রিত ভূগোল ..	৮
চিত্রিত ভূগোল দ্বাদশ পত্র ..	১
ভূগোল চিত্র নামরহিত দ্বাদশ পত্র ..	১

হিন্দী।

মহাভারত ৪ ভাগ ..	১০০
কবচকাব্য ..	২

রাজনীতি ..	২
নক্সে হিন্দুস্থানি জবানমৈ ..	১১
মহাবিলাস ..	২
বর্ণমালা ..	১১
ভূগোল ..	৮
সংস্কৃত বর্জলিখিত ভাষা রচিত	
ইএট সাহেবকৃতভাষাভিধান ..	১১
হিতোপদেশ ..	১২

ইংরাজী বাঙ্গলা।

বাংলাবলী ..	২
পায়র্স সাহেবকৃত ব্যাকরণ ..	২
পায়র্স সাহেবকৃত অভিধান ..	২
মার্টিন সাহেবকৃত অভিধান ..	৮
ঐভারতচন্দ্র চক্রবর্তীর অভিধান ..	৪
মেক্সী সাহেবকৃত অভিধান ..	১০
ঐরামচন্দ্রলসেনকৃত অভিধান, প্রথম ভাগ ..	২৫
ইএট সাহেবকৃত পদার্থবিদ্যাসার ..	২
মনোরঞ্জনতিহাস ..	৮
কুওয়ার্ড সাহেবকৃত উপদেশকথা ..	৮০
দিগ্গর্শন ..	৩ ১০

ইংরাজী এবং হিন্দীভাষারচিত ॥

উপদেশকথা ..	১১০
মনোরঞ্জনতিহাস ..	৮

कलिकतानगरपटोलडाङ्गास्थहिन्दुपाठशालासमीपवर्तिन, श्रीयुक्त

गवर्णनमेण्ड एडकेशननाख्यपुस्तकालये विक्रीतव्यानां

पुस्तकानां संख्यापत्रिका।

संस्कृतग्रन्थाः

ग्रन्थनामानि ।	मूल्यं
लघुकौमुदी	२
मातृबोधव्याकरणं वद्धं	२॥०
तथा श्रवद्ध	२
शतश्लोकाः	१
विषयभट्टिकाव्यं	१५
विजयवत्	७७
सूक्तकटिकं	३
मालतीमाधवं	१॥०
विक्रमोर्वशी	२॥०
उत्तररामचरित्रं	१॥०
मद्राराक्षसं	१॥०
साहित्यदर्पणः	४
सायप्रकाशः	२
भाषापरिच्छेद एवं सिद्धान्तमुक्तावली	२
न्यायसूत्रवृत्तिः	२॥०
वेदान्तसारः	२
मनुसंहिता दिख्यं	७
दायभागः	३॥०
मेताचरा	४
यवहारतत्त्वं	१

ग्रन्थनामानि	मूल्यं
दायतत्त्वं	१
दायक्रमसंग्रहः	१
खोद्यसंगीता वद्धपुस्तकं	१॥०
तथा श्रवद्धपुस्तकं	१
संस्कृतपाठोपकारकः	॥०
पदार्थविद्यासारः	१
संस्कृतभाषाशोधकारकः	॥
श्री कान्हीनाथ उर्दुपञ्चानुसूत नगरी	२
मर्गरभाषाशोधकारकः	॥
कवितामृतकूपः	॥
श्रीमाधवचन्द्र पण्डितकृत व्याकरणनारः	३
यावद्धारतुमाना	७ ॥०

वद्वतावागुद्वाः।

पुस्तकनाम ।

पुस्तकनाम ।	मूल्यं
ज्ञानोदय	॥०
दीर्घाक्षर वर्णमाला ७ पञ्चांगि	३
मिछि वर्णमाला	(१०
सूताक्षरवर्णमाला १० पञ्चांगि	॥०
वर्णमाला	७१०
पुस्तक शिक्षापुस्तक	११०

فهرس الكتب العربية والفارسية والهندية على سوم البيع فى اللّكان
السلطاني الاجريزي المسمى بايد يوكيشن ديوسيتوري
فى بلدة كلكتة مع تعيين القيمة *

اسامي كتب عربية

كتب فقه

كتب علم طب

موجز	١ جلد	٤	روپيه
فانوجه باشرح آن تليف مؤلوى	١ جلد	٦	روپيه
حكيم عبدالمجيد	١ جلد	١٢	روپيه
بحر الجواهر	١ جلد	١٢	روپيه
ارجوزة	١ جلد	٨	روپيه

كتب علم كلام

شرح عقائد نسفي	١ جلد	٢	روپيه
----------------	-------	---	-------

كتب منطق

شرح تهذيب	١ جلد	٢	روپيه
رسالة شمسية	١ جلد	٨	روپيه

فتاوى عالمگيري	٣ جلد	٣٧	روپيه
رسالة زينه	١ جلد	٦	روپيه
فرائض شريفيه	١ جلد	٢	روپيه
چلبي برشرح وقايه	١ جلد	١٢	روپيه
توضيح	١ جلد	١٢	روپيه
قبة المنبه	١ جلد	١٤	روپيه
فتاوى سراجيه	١ جلد	١٢	روپيه
الاسباه والنظائر	١ جلد	٨	روپيه
فصول عمادي	٢ جلد	١٩	روپيه
فتاوى حمادي	٢ جلد	١٤	روپيه
درالمختار	١ جلد	١٤	روپيه

کتاب شناسه

تحریر او قلیدس ۱ جلد ۲ روپیہ ۸ آنہ

کتاب مولفہ متأخرین

جدول الصرف العربی ۱ جلد ۱۶ روپیہ

منتخبات عربیہ ۱ جلد ۳ روپیہ

غایۃ البیان ۱ جلد ۱۶ روپیہ

رسالۃ خبر و متابلہ من ترجمۃ مولوی عبدالرحیم

تشریح القلب * ۸ آنہ

قال اقول ۱ جلد ۱ روپیہ

کتاب لغت

صراح طبع ثانی باحل الناط

مشکلہ فارسیہ ۱ جلد ۵۰ روپیہ

ضمیمہ لطیفہ یعنی ملحقات

صراح تالیف مولوی

حکیم عبدالمجید ۱ جلد ۱۳ روپیہ

اسامی کتب فارسیه

کتب مؤلفه متأخرین

تعلیمات فردا فروزی بختی

ترجمه دگر رسن ۱ جلد ۳ روپیه

فوائد المبتدی ۱ جلد ۱ روپیه

قواعد فارسی ۱ جلد ۱ روپیه

منتخبات فارسی ۳ جلد ۳ روپیه

افاده المبتدی ۱ جلد ۴ آنه یکپائی

نصاب تجنیس اللغه ۱ جلد ۳ آنه

ترجمه اوقایدس ۱ جلد ۲ روپیه ۸ آنه

مجموعه شمس ۱ جلد ۵ آنه ۸ آنه

تمثیلات لقمان ترجمه

اکرده مولوی عبدالرحیم ۱ جلد ۵ روپیه

خلاصه فهرست قوانین ۱ جلد ۱ روپیه

مهرکاری ۱ جلد ۱ روپیه

خلاصه التانون ۱ جلد ۸ روپیه

کتب منظومه

دیوان حافظ ۱ جلد ۵ روپیه

بوستان مع شرح ۱ جلد ۹ روپیه

شبنامه ۱ جلد ۱۰ روپیه

لیلی مجنون ۱ جلد ۳ روپیه

سکندرنامه ۱ جلد ۴ روپیه

زلیخا ۱ جلد ۲ روپیه

سجده الابرار ۱ جلد ۳ روپیه

کتب منثورہ

ملخص سیر المتأخرین ۱ جلد ۱۰ روپیه

لیلادنی ۱ جلد ۲ روپیه

ابو الفضل ۱ جلد ۳ روپیه

رتنات جامی ۱ جلد ۳ روپیه

بهار دانش ۱ جلد ۴ روپیه

اسامی کتب ہندی

خلاصہ الائن مجاہد	۱ جلد	۵ روپیہ	۸ آنہ	سیر متقدمین	۱ جلد	۱ روپیہ	۱۲ آنہ
خلاصہ الائن دوختہ	۱ جلد	۵ روپیہ		قواعد زبان اردو	۱ جلد	*	۱۰ آنہ
موجز قوانین حدود وغیرہ	۱ جلد	۸ روپیہ		خلاصہ علم ارض کا	۱ جلد	*	۷ آنہ
سیر طالبی	۱ جلد	۲ روپیہ		حکایت زبان اردو	۱ جلد	*	۴ آنہ
نقشہ کرد زمین	۱ قطعہ	۸ روپیہ		خردافزا	۱ جلد	*	۱۴ آنہ
نقشہ ہندوستان	۱ قطعہ	۷ روپیہ		کتاب تہجی	۱ جلد	*	۵ آنہ
لب التواریخ	۳ جلد	۴۰ روپیہ		لرکون کا درہن	۱ جلد	*	۳ آنہ

مکتب انگریزی و فارسی و ہندی

دکنہ سرخی یاد	مکتب رام دھن حسین	۶ روپیہ		خلاصہ علم ارض کا			
ایضاً منتخبات فارسی	۳ جلد	۹ روپیہ					۱۲ آنہ

HINDEE.

CLASSICAL.

Names.		Price.
Mahabharat, 4 Vols. (bound),	...	100 0 0
Chhutru Prakash (paper),	... N.	3 0 0
Rajneeti (ditto),	... N.	2 0 0
MODERN.		
Tytler's Elements of General History, 3 Vols. (paper and sewed),	... P.	40 0 0
Syer Mutakuddameen (paper),	... P.	1 12 0
Grammar (ditto),	... P.	0 10 0
Compendium of Geography (ditto),	... P.	0 7 0
Fables (ditto),	... P.	0 4 0
Fables (ditto),	... N.	0 3 0
Subhā Bilas, Stanzas (sheets),	... N.	2 0 0
Pleasing Instructor (paper),	... P.	0 14 0
Spelling Book, Part 1st. (ditto),	... P.	0 5 0
Looking Glass for Children (ditto),	... P.	0 3 0
Alphabet,	... N.	1 10 0
Map of the World, coloured,	... P.	8 0 0
Ditto ditto,	... N.	8 0 0

N.B. Those marked N are in Nagree characters, those marked P in Persian.

English.

Reader, No. 1. sewed,	...	0 12 0
Ditto, No. 2. ditto,	...	0 12 0
Ditto, No. 3. ditto,	...	1 0 0
Ditto, No. 4. ditto,	...	1 0 0
Ditto, No. 5. ditto,	...	0 8 0
Ditto, No. 6. ditto,	...	1 8 0
Ditto, No. 7. ditto,	...	1 8 0
Ditto, No. 1. cloth bound,	...	1 0 0
Ditto, No. 2. ditto,	...	1 0 0
Ditto, No. 3. ditto,	...	1 4 0
Ditto, No. 4. ditto,	...	1 4 0
Ditto, No. 6. ditto,	...	1 12 0
Poetical Reader, No. 1. sewed,	...	0 8 0
Ditto, No. 2. cloth bound,	...	0 12 0
Spelling Book, No. 1. sewed,	...	0 6 0
Ditto, No. 2. ditto,	...	0 6 0
Ditto, No. 1. cloth bound,	...	0 8 0
Ditto, No. 2. ditto,	...	0 12 0

Names.

Murray's large Grammar (sewed and bound),	...	1 8 0
Murray's small Grammar (sewed),	...	0 4 0
Ditto (cloth bound),	...	0 10 0
Exercises (paper),	...	0 3 0
Chamier's Arithmetic (ditto),	...	1 0 0
History of England (cloth bound),	...	3 0
Introduction to Universal History (ditto),	...	2 0
Map of the Northern Hemisphere, outlines,	...	0
Ditto Southern ditto,	do.	0
Ditto Eastern ditto,	do.	0
Ditto Western ditto,	do.	0 8 0
Ditto Asia,	do.	0 4 0
Ditto Africa,	do.	0 4 0
Ditto America,	do.	0 4 0
Ditto England and Wales,	do.	0 2 0
Ditto Ireland,	do.	0 2 0
Ditto Hindustan, coloured,	...	0 4 0
Juvenile Atlas, 17 plates,	...	4 0 0

ANGLO ASIATIC.

Yates's Vocabulary (board),	... S. B. E.	1 6 0
Hitopadesha (sewed),	... S. B. E.	12 0 0
Bakabolee or Dialogues (board),	... E. B.	2 0 0
Pearson's English Grammar (paper),	... B. E.	2 0 0
Pearson's Dictionary (bound),	... B. E.	2 0 0
Morton's Ditto (ditto),	... B. E.	8 0 0
Ramdhun Sen's Ditto (ditto),	... P. E.	6 0 0
Tarachand Chuckerbuttee's Ditto (ditto),	... B. E.	4 0 0
Mendies' Ditto (ditto),	... B. E.	10 0 0
Ramcomul Sen's Ditto, Vol. 1. (sewed),	... E. B.	25 0 0
Elements of Natural Philosophy (paper),	... B. E.	2 0 0
Pleasing Tales (paper),	... B. E.	0 6 0
Stewart's Historical Anecdotes (ditto),	... B. E.	0 12 0
Indian Youth's Magazine (half bound),	... B. E.	3 8 0
Historical Anecdotes (paper),	... N. E.	0 12 0
Pleasing Tales (ditto),	... N. E.	0 6 0
Persian Reader, 3 Vols. (ditto),	... P. E.	6 0 0
Compendium of Geography (paper),	... P. E.	0 12 0

N. B.—S. Sanscrit, B. Bengalee, P. Persian, E. English.

<i>Names.</i>	<i>Price.</i>
Defence of Native Female Education (<i>paper</i>),	0 6 0
Smyth's Zemindary Accounts, in 3 Parts (<i>ditto</i>),	1 14 0
Elements of Natural Philosophy (<i>ditto</i>),	0 12 0
Necticootia, Part 1st (<i>ditto</i>), ...	0 2 0
Necticootia, Part 2d (<i>ditto</i>), ...	0 2 0
Ditto, Part 3d. (<i>ditto</i>), ...	0 4 0
Pleasing Tales (<i>ditto</i>), ...	0 3 0
Stewart's Historical Anecdotes (<i>ditto</i>), ...	0 8 0
Indian Youth's Magazine or Digdursun (<i>bound</i>),	3 0 0
History of England (<i>half bound</i>), ...	4 12 0
Lawson's Natural History (<i>ditto</i>), ...	1 4 0
Map of the World, coloured, ...	8 0 0
Ditto, small size, per dozen, ...	1 0 0
Ditto, outlines, per dozen, ...	1 0 0

ARABIC.

CLASSICAL.

Law.

Fatāwa Alumgiri, 3 Vols (<i>paper</i>), ...	37 8 0
Risālah Zameeah (<i>sewed</i>), ...	6 0 0
Faraiz Shureefeah (<i>ditto</i>), ...	2 0 0
Hasheeah Chalpeh (<i>ditto</i>), ...	12 0 0
Touzeeh (<i>paper</i>), ...	12 0 0
Kuniat-ool Muniah (<i>sewed</i>), ...	15 0 0
Fatāwa Serajeeah (<i>ditto</i>), ...	12 0 0
Alashbāho wa Alnarāz (<i>paper</i>), ...	8 0 0
Fusooli Imadee, 2 Vols. (<i>ditto</i>), ...	19 0 0
Futāwa Humādee, 2 Vols. (<i>ditto</i>), ...	14 0 0
Door-ool Moktar (<i>ditto and bound</i>), ...	15 0 0

Medicine.

Moojuz (<i>paper</i>), ...	4 0 0
Kanooncheh (<i>ditto and bound</i>), ...	6 0 0
Buhr-ool Jewāhir, a Medical Dictionary (<i>paper</i>),	12 0 0
Oorjoozeh (<i>stitched</i>), ...	4 8 0

Metaphysics.

Shuruh Akaid Nisfee (<i>sewed</i>), ...	2 0 0
---	-------

Logic.

Shuruh Tuhreeb (<i>sewed</i>), ...	2 0 0
Risalah Shumseah (<i>ditto</i>), ...	0 8 0
Kala-Akoolo (<i>paper</i>), ...	1 0 0

Dictionaries.

Soorah, Arabic and Persian (<i>sewed</i>), ...	50 0 0
Zameenah Luteefah, or Appendix to ditto (<i>sheet</i>),	13 0 0

MODERN.

<i>Names.</i>	<i>Price.</i>
Glass's Arabic Table, ...	16 0 0
Arabic Reader (<i>half bound</i>), ...	3 0 0
Abdurruheem's Grammar Ghait-ool Bean (<i>sewed</i>),	16 0 0
Tuhreri Euclides, (Elements of Euclid,) (<i>paper</i>),	2 8 0
Bridge's Algebra, Part 1st. (<i>ditto</i>),	
Tushreeh-ool Kulb, Anatomy of the Heart (<i>sewed</i>),	0 8 0

Persian.

CLASSICAL.

Poetry.

Dewan Hafiz (<i>paper</i>), ...	5 0 0
Boostan (<i>half bound</i>), ...	9 0 0
Shah Nameh (<i>sewed</i>), ...	10 0 0
Leila wa Mujnoon (<i>paper</i>), ...	3 0 0
Secunder Nameh (<i>ditto</i>), ...	4 0 0
Jamee's Zooleikha (<i>ditto</i>), ...	2 0 0
Subhat-ool Abrar (<i>ditto</i>), ...	3 0 0

Prose.

Mulukhkhush Seer Mutakheereen (<i>paper</i>),	10 0 0
Lilavati (<i>paper and bound</i>), ...	2 0 0
Abul Fuzl Allamee (<i>paper</i>), ...	3 0 0
Rokāt Jāmī (<i>ditto</i>), ...	3 0 0
Buhār Damish (<i>ditto</i>), ...	4 0 0

MODERN.

Persian Miscellany, (Digdursun trans) (<i>sewed</i>),	3 0 0
Ditto Primer (<i>paper</i>), ...	1 0 0
Ditto Grammar (<i>ditto</i>), ...	1 0 0
Ditto Reader, 3 Vols. (<i>ditto</i>), ...	3 0 0
Permutations of Arabic Inflection (<i>ditto</i>),	0 4 3
Linear Verbal Resemblances (<i>ditto</i>), ...	0 3 0
Arithmetic (<i>ditto</i>), ...	0 12 0
Tuhreri Euclides (Elements of Euclid), (<i>ditto</i>),	2 8 0
Mejmua Shumsē (Hunter's Astronomy), (<i>ditto</i>),	0 8 0
Aesop's Fables (<i>ditto</i>), ...	5 0 0
Tiam's Kholasah (Bengal Civil Code) (<i>ditto</i>),	1 0 0
Kholasut-ool Kawaneen (Regulations, 1821), (<i>ditto</i>),	0 0 0
Kholasut-ool Ayeen (Regulations, 1825), (<i>boards</i>),	5 8 0
Ditto (<i>stitched</i>), ...	5 0 0
Moojuz Kawaneen (Regulations, 1826), (<i>paper</i>),	3 0 0
Travels of Abou Talib, with Map (<i>ditto</i>),	2 0 0
Map of the World, coloured, ...	8 0 0
Ditto of Hindoostan, ditto, ...	7 0 0